



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-010-2019-00203-01 (O2-22-083)
Demandante: MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS
Demandadas: AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.
Procedencia: JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No.124 DEL 17 DE JUNIO DE 2022
Asunto: INEFICIACIA DEL TRASLADO RPMPD - RAIS

En Medellín, a los diecisiete (17) días del mes de junio del año dos mil veintidós (2022), la **Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín**, integrada por los magistrados SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES y VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, quien actúa como Magistrado Sustanciador, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL conocido bajo el radicado único nacional 05001-31-05-010-2019-00203-01 (O2-22-083), instaurado por **MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS** contra la **AFP PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES E.I.C.E.**, en punto a resolver los Recursos de Apelación impetrados por la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública accionada, respecto de la sentencia que selló la primera instancia, proferida el 20 de mayo de 2022 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín.

De conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, “Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones”, se adopta la decisión correspondiente mediante la presente providencia escrita, cuya ponencia fue previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

1. ANTECEDENTES

La señora MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS, actuando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., a fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia de su afiliación al RAIS, se condene a

la AFP PORVENIR S.A. a devolver al RPMPD los aportes efectuados, se ordene a COLPENSIONES E.I.C.E. recibir los aportes provenientes del RAIS, se condene a la AFP PORVENIR S.A. a indemnizar los perjuicios ocasionados, y se condene en costas a las codemandadas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones expuso que nació el 20 de abril de 1959, laboró al servicio del sector público efectuando cotizaciones la ISS y CAJANAL, se trasladó a la AFP HORIZONTE S.A., hoy AFP PORVENIR S.A., el 01 de febrero de 1995, y posteriormente a la AFP PORVENIR S.A. el 26 de febrero de 1999, y que cuando se produjo el traslado de régimen pensional, el asesor de la AFP HORIZONTE S.A. solo le informó las ventajas del fondo probado, más no le explicó los pormenores de la pensión de vejez, ni las diferencias entre los regímenes existentes. Aseveró que el 14 de marzo de 2016 la AFP PORVENIR S.A. rechazó la solicitud de declaratoria de nulidad de la afiliación, arguyendo que la misma fue anulada por multifiliación, y en consecuencia, no nació a la vida jurídica ni surtió efectos; que el 14 de diciembre de 2017 la misma entidad le indicó que en una re-evaluación, las entidades involucradas determinaron que se encontraba válidamente afiliada a la AFP PORVENIR S.A.; y que le solicitó a COLPENSIONES E.I.C.E. declarar la nulidad de su vinculación al RAIS, y la continuidad de su afiliación al RPMPD. Finalmente, manifestó que el engaño que sufrió por parte de la AFP HORIZONTE S.A. y la AFP PORVENIR S.A. la ha sumido en un estado de constante preocupación y desazón, por la precaria pensión que podría llegar a devengar en el ISS, desfavorable frente a las expectativas creadas por los mismos fondos privados al momento de la vinculación, y que el 22 de julio de 2015 tuvo que contratar los servicios profesionales de un abogado, que le cobró 10 SMLMV para promover su caso.

1.1. Trámite de Primera Instancia

La demanda se admitió el 30 de abril de 2019 (págs.106-107, doc.01), y se notificó a COLPENSIONES E.I.C.E. el 03 de mayo de 2019 (págs.108, doc.01), misma que presentó contestación el 21 de mayo de 2019 (págs.109-116, doc.01), escrito en el que admitió que la señora MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS nació el 20 de abril de 1959, que estuvo afiliada al ISS, y que le solicitó su retorno al RPMPD. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, arguyendo que a la demandante le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima para tener derecho a la pensión, y porque el traslado de régimen pensional fue un acto libre y voluntario. En su defensa, propuso las excepciones de fondo que nominó inexistencia de nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS, improcedencia de la afiliación al RPMPD, ausencia de requisitos para trasladarse del RAIS al RPMPD, prescripción, imposibilidad de condena en costas, y buena fe.

Por su parte, la AFP PORVENIR S.A. se notificó el 10 de septiembre de 2019 (pág.135, doc.01), y radicó contestación el 16 de septiembre de 2019 (págs.136-143, doc.01), misma en la que admitió que la señora MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS nació el 20 de abril de 1959, se afilió a la AFP HORIZONTE S.A., hoy AFP PORVENIR S.A., el 30 de diciembre de 1994, y se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 26 de febrero de 1999, que el 14 de marzo de 2016 le informó que su afiliación había sido anulada por multifiliación, y que el 14 de diciembre de 2017 rectificó dicha información indicándole que en una re-evaluación de su caso particular, se había determinado que se encontraba válidamente afiliada a la AFP PORVENIR S.A. Sostuvo que los asesores comerciales de la AFP HORIZONTE S.A., hoy AFP PORVENIR S.A., y de la misma AFP PORVENIR S.A., le prestaron la demandante la orientación requerida y en debida forma al momento de cada afiliación, suministrándole para ello una información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz respecto de las características del RAIS y sus diferencias con el RPMPD, por lo que se opuso a la prosperidad de las pretensiones, formulando las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, enriquecimiento sin causa, e inexistencia del perjuicio.

1.2. Sentencia de Primera Instancia

La controversia planteada se dirimió en primera instancia el 20 de mayo de 2021 (doc.05), por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, sentencia en la que se declaró la ineficacia de la afiliación de la señora MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS al RAIS; se condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., dentro de los 30 días siguientes, la totalidad de las cotizaciones realizadas por la actora, sin descuentos de ningún tipo, como gastos de administración, garantía de pensión mínima y comisiones, junto con los rendimientos financieros; se absolvió a la AFP PORVENIR S.A. de las demás pretensiones incoadas; se declararon improbadas la excepciones formuladas; y se condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A. en favor de la demandante.

Para sustentar su decisión, la cognoscente de primer grado argumentó que a la AFP PORVENIR S.A. tenía la obligación de brindarle a la actora información suficiente, clara y veraz, sobre las diferencias entre el RPMPD y el RAIS, que la carga de la prueba se invirtió en favor de la afiliada, sin que se hubiere acreditado que el fondo privado le hubiere brindado tal información a la demandante, y que la declaratoria de la ineficacia conlleva al traslado, no solo de los aportes y rendimientos, sino también de lo descontado de los aportes por concepto de gastos de administración.

1.3. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión antes descrita, la apoderada judicial de COLPENSIONES E.I.C.E. también impetró el recurso de alzada (minuto 01:27:00, doc.06), en orden a que se modifique la sentencia de primer grado, en el sentido de que se ordene a la AFP PORVENIR S.A. trasladar los conceptos a los que fue condenada, de manera indexada.

Por su parte, la apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A. (minuto 01:28:40, doc.06), interpuso el recurso de apelación, en procura de que se revoque la sentencia de primera instancia, expresando que los formularios de afiliación incorporados contienen la declaración de que la selección de régimen fue libre, espontánea y sin presiones, sin que hubieren sido tachados ni desconocidos; que aquellos formularios son suficientes para acreditar la idoneidad de la asesoría brindada, sin que se le puedan imponer cargas documentales distintas a las vigentes para la fecha del traslado. Añadió que cuando existe un cambio de régimen pensional solo deben trasladarse los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual, siendo improcedente la devolución de sumas diferentes, como los gastos de administración, que no están destinados a financiar la pensión, y por ello también prescriben.

1.4. Grado Jurisdiccional de Consulta

Teniendo en cuenta que la decisión adoptada en primera instancia, fue adversa a los intereses COLPENSIONES E.I.C.E., la sentencia será examinada bajo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la antedicha entidad, en los puntos que no fueron objeto de alzada.

1.5. Trámite de Segunda Instancia

Los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se admitieron el 22 de marzo de 2022 (doc.02), y mediante proveído del día 28 del mismo mes y año (doc.23), se corrió traslado a las partes para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, presentaran, si a bien lo tuvieran, los alegatos de conclusión por escrito.

El apoderado judicial de COLPENSIONES E.I.C.E. alegó el 30 de marzo de 2022 (doc.04), insistiendo en la revocatoria de la sentencia de primera instancia, por cuanto la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado entre regímenes, siendo que supera los 60 años de edad, y tiene consolidado el derecho a la pensión de vejez, *estatus quo* que no puede deshacerse o desaparecerse del plano jurídico, porque la demandante no demostró que hubiere ejercido oportunamente las acciones jurídicas para retornar al RPMPD, la sentencia favorable a los intereses de la actora desconoce el principio de sostenibilidad

financiera del sistema general de pensiones, siendo que personas que no contribuyeron a su formación, vienen a último momento a beneficiarse de un ahorro comunitario. Finalmente, indica que en todo caso el traslado de los aportes debe corresponder al saldo de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, cuotas de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, y cuotas de seguro previsional, debidamente actualizadas.

De otra parte, se observa que los apoderados judiciales de MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS y la AFP PORVENIR S.A. no presentaron alegatos de conclusión.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., advirtiéndose que con observancia al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CPTSS, el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de la alzada; a la par de surtirse la revisión de la sentencia bajo el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES E.I.C.E., en los puntos que no fueron objeto de alzada.

2.1. Problemas Jurídicos

El *thema decidendi* en el asunto puesto a consideración de la Sala se contrae a determinar si la afiliación de la señora MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., deviene en ineficaz, efecto para el que habrá de establecerse si en el momento en que se surtió el traslado de régimen pensional, el fondo privado le garantizó a la afiliada el derecho al consentimiento informado que le asiste; en caso negativo, la Sala se ocupará de determinar cuáles son los efectos jurídicos que devienen de la declaratoria de la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS.

2.2. Sentido del Fallo

La Sala confirmará la sentencia de primer grado, en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la señora MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS, por no haberse acreditado que la AFP PORVENIR S.A., le hubiere brindado información completa oportuna, clara y veraz, sobre los efectos jurídicos que acarrearía el acto jurídico del traslado de régimen pensional; la modificará en el sentido de ordenar el traslado, no solo las cotizaciones, los rendimientos financieros, las cuotas de administración, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, sino también las primas del seguro previsional; y la adicionará en el sentido de ordenar

a la AFP PORVENIR S.A. que traslade debidamente indexados los rubros que fueron descontados de la cotización, siendo que los mismos no se capitalizaron.

2.3. Solución de los Problemas Jurídicos Planteados

La carga de la prueba es un principio de derecho procesal, encaminado a establecer a cuál de los sujetos del proceso le concierne la aportación de las pruebas, y cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de dicha carga; en su criterio clásico la carga de probar se ha fijado en cabeza de quien afirma los hechos que fundamentan la procedencia del reconocimiento de los derechos debatidos, correspondiéndole al mismo, probar sus aserciones para que el juzgador establezca si es procedente el reconocimiento de los derechos que reclama, debiéndose desestimar sus pretensiones en caso de que los hechos no aparezcan probados en el proceso.

El concepto prístino de la carga probatoria se compendia en el aforismo romano *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, según el cual, quien afirma un hecho debe probarlo, y quien lo niega, está libre de la carga de probar, regla procesal que guarda concordancia con las previsiones contenidas en el artículo 167 del CGP, aplicable por remisión analógica a los juicios del trabajo y de la seguridad social, en los términos previstos en el artículo 145 del CPTSS, y por cuya virtud, le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Sea lo primero en señalar que, esta Corporación acoge el criterio jurisprudencial que antaño ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuesto, entre otras sentencias, en la SL del 09-09-2008, radicado 31989, SL del 22-11-2011, radicado 33083, SL-12136 del 03-09-2014, radicado 46292, SL 1688 del 2019, radicado 68838, y SL-1217 del 03-03-2021, radicado 85054, según el cual, la carga de la prueba se invierte en favor de los afiliados considerando que: (i) las negaciones indefinidas no pueden demostrarse materialmente por quien las invoca, (ii) la afiliada representa la parte débil de la relación contractual en virtud de la posición en el mercado, profesionalismo, y experticia que debe tener las administradoras de fondos de pensiones, y (iii) la demandante tiene menos posibilidades de esclarecer los hechos que se debaten ya que las administradoras de fondos de pensiones son las que tienen el control de la operación; reglas jurisprudenciales que, en criterio del Alto Tribunal, resultan aplicables a todos los procesos en los que se discute la validez del traslado de régimen pensional, sin importar que el derecho esté consolidado, que la afiliada sea beneficiario o no del régimen de transición, o que esté próxima o no a pensionarse (SL-3202 del 14-07-2021 – Subraya de la Sala).

Previo a dirimir la controversia planteada, se advierte que no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos: que la señora MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS nació el 20 de abril de 1959 (págs.17-19, doc.01), se afilió al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 01 de febrero de 1979 (págs.42-55, 188-190, doc.01), laboró al servicio de la Registraduría Nacional del Estado Civil, entre el 01 de diciembre de 1981 y el 05 de junio de 1982, sin cotizaciones al ISS (págs.59-63, doc.01), laboró al servicio del Municipio del Socorro, entre el 24 de septiembre de 1981 y el 18 de noviembre de 1984, sin cotizaciones al ISS (págs.65-69, doc.01); al servicio de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Bucaramanga, entre el 25 de septiembre de 1990 y el 24 de marzo de 1994, con cotizaciones a CAJANAL (págs.70-75, doc.01); a la Fiscalía General de la Nación, entre el 05 de marzo de 1994 y el 15 de octubre de 2004, con cotizaciones al SGSSP (págs.76-77, doc.01); al servicio del Instituto Nacional de Medicina Legal, desde el 15 de octubre de 2004 con cotizaciones al SGSSP (págs.78-84, doc.01), y añadió que se trasladó a la AFP HORIZONTE S.A., hoy AFP PORVENIR S.A., el 30 de diciembre de 1994 (pág.156, doc.156), y luego, a la AFP PORVENIR S.A. el 26 de febrero de 1999 (pág.29, doc.01).

Tampoco se discute que el 24 de agosto de 2015 le solicitó a COLPENSIONES E.I.C.E. (págs.20-21, doc.01), y a la AFP PORVENIR S.A. (págs.24-26, doc.01), declarar la ineficacia de su afiliación al RAIS, petición que fue desestimada en la misma fecha por COLPENSIONES E.I.C.E., sosteniendo que el acto jurídico del traslado se presumía válido (págs.22-23, doc.01), y el 14 de marzo de 2016 por la AFP PORVENIR S.A., indicando en que la afiliación había sido anulada por multifiliación (págs.27-28, doc.01), información que fue rectificada el 14 de diciembre de 2017, cuando se indicó que su vinculación al Sistema General de Pensiones era válida con la AFP PORVENIR S.A. (pág.56, doc.01). En último término, no se discute que la actora cuenta actualmente con 63 años de edad (págs.17-19, doc.01), 1.187 semanas cotizadas (págs.175-187, doc.01), y \$150.800.468 acumulados en la cuenta de ahorro individual, de los cuales \$6.441.309 son aportes, y \$144.359.159 son rendimientos (págs.159-172, doc.01).

2.3.1. La ineficacia de la afiliación y la libertad de la selección de régimen

El Sistema General de Seguridad Social fue diseñado como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, para que la ciudadanía pueda gozar de una calidad de vida digna, mediante la cobertura integral de las contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica (preámbulo de la Ley 100 de 1993); y en ese contexto, el Sub-Sistema General de Pensiones fue diseñado para garantizar el amparo ante las contingencias de vejez, invalidez y muerte, y en aras de dar cumplimiento al objetivo trazado por el legislador, se establecieron dentro de estos dos regímenes excluyentes pero coexistentes: el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. Las

administradoras de ambos regímenes ostentan la naturaleza de entidades previsionales (artículo 90 de la Ley 100 de 1993, artículo 4° del Decreto 656 de 1994), naturaleza jurídica que les exige formación en la ética del servicio público, y las ubica el campo de la responsabilidad profesional.

La selección del régimen es libre y voluntaria, y para tal efecto, al momento de la vinculación o del traslado, la afiliada debe manifestar su elección por escrito (literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993), y frente al desconocimiento de aquel derecho a la libertad de selección, proceden las sanciones de que trata el inciso 1° del artículo 271 ibídem, esto es, la ineficacia de la afiliación y la imposición de una multa a cargo de la persona natural o jurídica que hubiere impedido o trasgredido de cualquier forma contra el derecho de selección de régimen pensional. Para que se perfeccione el cumplimiento de las obligaciones y derechos antes descritos, a las administradoras de fondos de pensiones se les impone un obrar acorde a la trascendencia de la labor que cumplen, obligaciones que emanan del principio de la buena fe y que se contraen a la transparencia, la vigilancia y el deber de información, dentro del ejercicio de un buen consejo, tal y como lo ha entendido el órgano jurisprudencial de cierre (CSJ SL del 09-09-2008, radicado 31989, SL del 22-11-2011, radicado 33083, SL-12136 del 03-09-2014, radicado 46292, SL-1688 del 2019, radicado 68838, y SL-1217 del 03-03-2021, radicado 85054).

La línea jurisprudencial antes descrita contempla el precedente judicial por seguir, y del que se desprende: (i) que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber ineludible desde su creación; (ii) que el formulario de afiliación es insuficiente para probar el cumplimiento de tal deber, requiriéndose la prueba del consentimiento informado; (iii) que la carga de la prueba le corresponde a las AFP, por virtud de su inversión a favor de la afiliada como parte débil de la relación procesal; (iv) que permanecer en un régimen pensional por largos años, o que se le haya re-asesorado, o que haya tenido insipientes comunicaciones con la AFP, o que hubiere realizado traslados entre las diferentes administradoras de pensiones del RAIS, no ratifica ni convalida el acto de afiliación y traslado viciado de ineficacia; (v) que el fenómeno extintivo de la prescripción no opera respecto de la pretensión de ineficacia de la afiliación, ya que la sentencia que declara la misma, en realidad lo que hace es constatar un estado de cosas surgido con anterioridad al inicio de la Litis; y (vi) que la administradora que indujo en error al afiliada para trasladarlo al RAIS, tiene la obligación de devolver al régimen de prima media el 100% de los aportes efectuados por la afiliada, asumiendo a su cargo los deterioros o menguas que estos hubieren sufrido. (Subraya intencional de la Sala)

Ahora bien, conviene precisar que para la fecha en que la señora MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS se trasladó de régimen pensional, 30 de diciembre de 1994 (pág.156, doc.01), la AFP HORIZONTE S.A., hoy AFO PORVENIR S.A., tenía la obligación de brindarle información detallada sobre los efectos del traslado, en los términos previstos en los artículos 13, literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, y en el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, lo que en términos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consiste en "... ilustrar a sus potenciales afiliadas, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas. (...) suministrar (...) una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. (...) proporcionar (...) una ilustración acerca de las condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, lo que incluye la existencia de una transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales" (SL-1217 del 03-03-2021, radicado 85054 – Subraya de la Sala), de lo cual, únicamente se adosó al plenario el historial de vinculaciones SIAFP (pág.156, doc.01), documental que no refleja de manera alguna que al promotor del juicio se le hubiere prestado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP PORVENIR S.A., hubiere cumplido con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, en tanto no basta explicar los beneficios de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron materia de análisis previo, o cuando menos, al momento de efectuarse la afiliación y traslado al régimen pensional.

En este punto, estima pertinente la Sala acotar que el hecho de que la AFP PORVENIR S.A., otrora AFP HORIZONTE S.A, no cuente con ningún soporte documental sobre la asesoría brindada al afiliada, previo de efectuarse el traslado de régimen pensional, y afirme que la información solo le fue brindada de manera verbal, deja entrever una clara contravención de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegar un formato pre-impreso de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que la Superintendencia Financiera de Colombia indica deben reunirse, sino que se requiere acreditar la efectiva asesoría integral brindada en la antesala del traslado de régimen, ilustrando al interesado sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, con la observación de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima debían efectuarse aportes voluntarios superiores a las deducciones de ley por cotizaciones; que para causar la pensión de vejez se debe contar con una suma dineraria mínima en la cuenta de ahorro individual; que la existencia de eventuales beneficiarios por sobrevivencia incrementan dicha suma mínima requerida, entre otras particularidades, en razón a que la asesoría no solo debe estar encaminada a persuadir a la afiliada con llamativos rendimientos

financieros o la posibilidad de acceder a la pensión sin importar la edad, sino que debe consistir también en dar la orientación a la afiliada para que pueda lograr una prestación económica que mejor se acompañe con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

De igual forma se advierte que, aunque en el interrogatorio de parte rendido por la señora MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS (desde el minuto 01:24:25, doc.03), ésta admitió que había suscrito el formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE S.A., hoy AFP PORVENIR S.A., no puede soslayar la Sala que el deber de información solo se satisface con la evidencia de que la decisión de la afiliada haya sido libre e informada, lo que no se logra acreditar por parte de la AFP PORVENIR S.A., máxime si se tiene en cuenta que, por el contrario, la demandante manifestó que previo al acto de afiliación no le explicaron cuáles eran las características particulares y comparativas del RAIS y del RPMPD, ni las posibles desventajas de su traslado de régimen pensional, y que su afiliación se produjo por requerimiento del empleador al que estaba vinculando.

También es del caso resaltar que la AFP PORVENIR S.A. no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el asesor de la AFP HORIZONTE S.A. que atendió a la accionante en el momento en el que se produjo el traslado de régimen pensional, cumpliera con su deber legal de suministrar información clara, completa y comprensible al potencial afiliada, quebrantándose así lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994. A *contrario sensu*, la falta de soporte documental de que trata el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, permite inferir que el traslado de régimen pensional no se ciñó a los parámetros legales y jurisprudenciales, sin que resulten relevantes las manifestaciones ambiguas y generales realizadas por el extremo activo en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las argumentaciones referidas al nivel académico de la actora en un tema de tan especial y de alta complejidad, ni las referencias a que la afiliada no realizó indagaciones de su situación pensional por su cuenta, en tanto el deber de brindar tal información corresponde *ope legis* a la administradora de fondos de pensiones, y no al afiliada.

Finalmente, conviene ahincar en lo que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene dicho frente a esta temática: “... *la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC). Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la*

violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia" (CSJ SL-1467 del 24-04-2021, radicado 85037). En consonancia con lo anterior, habrá de impartirse confirmación a la decisión de instancia, en cuanto dispuso la declaratoria de la ineficacia.

2.3.2. Los efectos de la ineficacia de la selección de régimen

En lo que concierne a los efectos que devienen de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS, es menester indicar que tal devolución debe ceñirse a los términos previstos en el artículo 1746 del CC, en consonancia a lo pregonado por el máximo tribunal de esta jurisdicción (CSJ SL del 09-09-2008, radicado 31898, SL-4989 del 14-11-2018, radicado 47125, y SL-1429 del 09-04-2019, radicado 68202), a la vez de que COLPENSIONES E.I.C.E. tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que exista alguna circunstancia impediende para ella, por el simple hecho de ser un tercero respecto del acto jurídico del que se declarará la ineficacia, por la potísima razón de que administra el RMPD, al que se encontraba afiliada la señora MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS antes del traslado de régimen pensional.

Importa resaltar aquí, los predicamentos formulados por el Alto Tribunal en la sentencia CSJ SL-2877 del 29-07-2020, radicado 78667, en la que, sobre los efectos de la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico como el sub lite, aquilató "... De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. [...] 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", y al abordar el tema de las implicaciones y consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, el máximo tribunal de esta jurisdicción precisó:

"i) que ésta involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que 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;

ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la demandante 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.

iii) que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por la promotora del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones".

Así pues, la ineficacia del traslado conlleva precisamente a que el fondo privado de pensiones devuelva todas las cotizaciones que hubiere recibido, incluyendo lo correspondiente al porcentaje que por gastos o comisión de administración haya descontado de las cotizaciones, así como también lo descontado para cubrir los aportes al fondo de garantía de pensión mínima (artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, Sentencia SU-062 de 2010) y las sumas de la aseguradora (primas previsionales), pues carecería de sentido y objeto la declaratoria de ineficacia por la falta de la información exigida, de no trasladarse de manera íntegra las cotizaciones efectuadas, viéndose favorecida la AFP PORVENIR S.A. sin razón financiera atendible, pues a pesar de que tales descuentos tuvieron un fundamento legal y sirvieron en su momento a un propósito previamente establecido como lo es el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, la administración financiera de las cotizaciones o el fortalecimiento financiero de un fondo de garantía, aquellos nunca se hubieran practicado, de no haberse efectuado la afiliación y traslado de régimen pensional.

En aditamento a lo anterior, esta Sala considera que hay lugar al traslado de la totalidad de las sumas que la AFP PORVENIR S.A. hubiere recibido con ocasión de la afiliación de la señora MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS, a propósito de que engrosen el fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES E.I.C.E., en virtud de las previsiones contenidas en el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, de modo que, se garantice no solo la sostenibilidad financiera del sistema, sino también la plena realización del principio de solidaridad de que trata el artículo 2 ibídem; por demás, no hay lugar a reconocer restituciones mutuas, pues como se predica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia antes referenciada (SL-2877 del 29-07-2020, radicado 78667), se deben devolver todos los rubros descontados de las cotizaciones, y si bien no pasa por alto esta Sala la existencia de un pronunciamiento de la Superintendencia Financiera en contrario, es preciso indicar que el mismo se refiere a los traslados a instancia de la afiliada y no como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, y que en últimas, tal acto no es de obligatorio acatamiento para los operadores judiciales, allende que, la Sala se aviene a la línea jurisprudencial que en derredor del tema ha venido desarrollando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como quedó dicho *in extenso* en líneas anteriores.

En lo que concierne a la indexación de las partidas descontadas de la cotización y sujetas a traslado, cumple señalar que, aunque la actualización monetaria no fue objeto de impetración con la demanda, ni fue materia de excepción de fondo por parte de COLPENSIONES E.I.C.E., vale decir, materia de debate en el presente proceso, debe procederse a su reconocimiento de manera oficiosa, en tanto que la misma no corresponde a una condena, sino que connota el reconocimiento de los efectos de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda de las sumas descontadas de las cotizaciones por concepto de cuotas de administración, primas del seguro previsional, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, prohiéndose el criterio jurisprudencial expuesto en la reciente Sentencia SL950-2022 del 02/03/2022, emitida por la H. Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Sobre este particular, conviene apuntalar que la actualización monetaria debe ordenarse, incluso de manera oficiosa, siguiendo el criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia SL-950-2022, en la que remembra: *"... la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones [...]. De igual modo, la AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración 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 en sus propios recursos".*

Así las cosas, se modificará el fallo de primera instancia, en el sentido de ordenar el traslado de los aportes y los rendimientos financieros, y lo descontado no solo por concepto de comisiones de administración, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, si no también lo deducido por concepto de primas de seguros previsionales, y se adicionará en el sentido de indicar que las sumas descontadas de la cotización en los rubros atrás indicados, y que se ordenaron trasladar con cargo a los recursos propios de la AFP PORVENIR S.A., tendrán que ser igualmente indexados.

2.3.3. La excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, se memora que *"... a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria"* (SL-1465 del 21-04-2021, radicado 87050), a más de que esta Sala ha sido del iterativo criterio que en esta

clase de procesos, la consecuencia jurídica inmediata de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen impone el traslado de las aportaciones de manera íntegra, y al tratarse de un asunto íntimamente ligado con la materialización del derecho a la pensión de vejez, de naturaleza imprescriptible, unívoco tratamiento ha de reconocérsele, como así lo decantó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia SL-361 del 13-02-2019, radicado 63615.

Colofón de todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primer grado, en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la señora MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS, por no haberse acreditado que la AFP PORVENIR S.A., le hubiere brindado información completa oportuna, clara y veraz, sobre los efectos que acarrearía el acto jurídico del traslado de régimen pensional; la modificará en el sentido de expresamente ordenar el traslado, no solo las cotizaciones, los rendimientos financieros, las cuotas de administración, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, sino también de las primas del seguro previsional; y la adicionará en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. que traslade debidamente indexados los rubros que fueron descontados de la cotización, siendo que los mismos no se capitalizaron.

3. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del CGP, las costas de la segunda instancia estarán a cargo de la AFP PORVENIR S.A., por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación propuesto, y con arreglo a lo previsto en el Acuerdo PSAA 16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan como agencias en derecho, a favor de MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS, la suma de \$1.000.000, que corresponde a un (1) SMMLV, siendo la cota mínima. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E., siendo que el recurso de apelación impetrado salió adelante, y la sentencia se analizó integralmente a su favor, en virtud al grado jurisdiccional de consulta en su favor.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN, Sala Quinta de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

4. RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 20 de mayo de 2021, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso

ORDINARIO LABORAL promovido por MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS en contra de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., el cual quedará del siguiente tenor literal:

"SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, y que obren en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones y rendimientos financieros, así como lo descontado sobre los aportes efectuados, por concepto de comisiones de administración, primas del seguro previsional, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, junto con todos los frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado, tal y como lo dispone el artículo 1746 del CC, descuentos que deberá asumir con cargo a su propio patrimonio, y que deberá trasladar debidamente indexados".

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el 20 de mayo de 2021, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS en contra de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. fijándose como agencias en derecho, en favor de MYRTHA CECILIA LÓPEZ ROJAS, la suma de \$1.000.000, que corresponde a un (1) SMLV. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO**, acogiendo el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia vertido en el Auto AL-2550 del 23-06-2021, radicado 89.628, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Déjese copia digital de lo decidido en la Secretaría de la Sala, previa anotación en el registro respectivo, y **DEVUÉLVASE** el expediente electrónico al juzgado de origen.

Se declara así surtido el presente acto y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada



JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES
Magistrado



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL

Se deja constancia de que las anteriores firmas, corresponden a las firmas originales de los magistrados que integran la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario