



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-008-2019-00653-01 (O2-2-138)
Demandante: LUZ EUNICE PUERTA ZAPATA
Demandadas: AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.
Procedencia: JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No.146 DEL 18 DE JULIO DE 2022
Asunto: INEFICIACIA DEL TRASLADO RPMPD - RAIS

En Medellín, a los dieciocho (18) días del mes de julio 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 05001-31-05-008-2019-00653-01 (O2-2-138), instaurado por **LUZ EUNICE PUERTA ZAPATA** contra la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES E.I.C.E.**, en punto a resolver el Recurso de Apelación impetrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES E.I.C.E., respecto de la sentencia de primera instancia, proferida el 29 de noviembre de 2021 por el Juzgado Octavo 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 LUZ EUNICE PUERTA ZAPATA, actuando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., a fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS, se declare válida y sin solución

de continuidad la afiliación al RPMPD; se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES E.I.C.E. todos y cada uno de los aportes recibidos, incluidos los rendimientos financieros, sin aplicar ningún descuento por concepto de gastos de administración, y se condene en costas a las demandadas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, expuso que nació el 18 de noviembre de 1961, se afilió al RPMPD en agosto de 1995, y se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. en agosto de 1999, administradora que arguye no fue clara ni precisa frente con la información brindada, toda vez que no se le explicaron los riesgos y beneficios de cada régimen pensional, ni los requisitos para acceder a la pensión de vejez en uno y en otro régimen, ni la forma en que se liquida la prestación en el RAIS y en el RPMPD. Adicional, afirmó que con ocasión de la falta de información con la que se produjo el traslado de régimen, sufrirá un grave daño representado en el monto de la mesada pensional que percibirá en el RAIS, y agrega que el 18 de julio de 2019 COLPENSIONES E.I.C.E. desestimó la petición traslado, en razón de la edad.

1.1. Trámite de Primera Instancia

La demanda se admitió el 25 de noviembre de 2019 (págs.129-130, doc.02, carp.01), y se notificó a COLPENSIONES E.I.C.E. el 03 de febrero de 2020 (págs.138-139, doc.02, carp.01), y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, el 03 de febrero de 2020 (págs.140-141, doc.02, carp.01).

COLPENSIONES E.I.C.E., presentó contestación el 18 de febrero de 2020 (págs.142-148, doc.02, carp.01), misma en la que admitió que la señora LUZ EUNICE PUERTA ZAPATA nació el 18 de noviembre de 1961, estuvo afiliada RPMPD, y le solicitó retornar al RPMPD, petición que fue desestimada el 18 de julio de 2019. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones debido a que a la demandante le faltaban 10 años o menos para cumplir la edad mínima para tener derecho a la pensión de vejez. Consecuentemente, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la nulidad o ineficacia en el traslado de régimen, devolución de cuotas de administración, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y compensación

Por su parte, la AFP PROTECCIÓN S.A. radicó escrito de contestación el 11 de noviembre de 2020 (docs.04-05, carp.01), mismo en el que admitió que la señora LUZ EUNICE PUERTA ZAPATA nació el 18 de noviembre de 1961, y se trasladó a la entidad el 10 de agosto de 1999. Sostuvo que el asesor que acompañó a la demandante durante el traslado de régimen pensional le brindó una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, previo estudio individual sobre el caso concreto, indicándole las diferencias entre

ambos regímenes sin que pueda hablarse de ventajas o desventajas, ya que simplemente son regímenes distintos, brindándole suficientes elementos de juicio a la actora con el fin de darle plena claridad sobre las condiciones para pensionarse, y para que tomara una decisión libre y voluntaria, según lo que considerara le era más conveniente. Así las cosas, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y de mérito excepcionó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional.

1.2. Sentencia de Primera Instancia

La controversia planteada se dirimió en primera instancia el 29 de noviembre de 2021 (doc.15, carp.01), por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, sentencia en la que se declaró la ineficacia de la afiliación de la señora LUZ EUNICE PUERTA ZAPATA a la AFP PROTECCIÓN S.A.; se ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, y sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses tal como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, incluidas las cuotas de administración; se ordenó a COLPENSIONES E.I.C.E. permitir el traslado de la demandante al RPMPD; se declararon implícitamente resueltas las excepciones incoadas; y se condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A., en favor de la demandante.

Para sustentar su decisión, la cognoscente de primer grado argumentó que la AFP PROTECCIÓN S.A., tenía la obligación de brindarle a la actora información suficiente, clara y veraz, sobre las diferencias comparativas 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 brindara 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 cuotas de administración.

1.3. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión antes descrita, el vocero judicial de la AFP PROTECCIÓN S.A. (minuto 15:45, doc.25, carp.01), impetró apelación en orden a que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, en lo que tiene que ver con la devolución de las cuotas de administración, siendo que las mismas fueron descontadas por expresa autorización legal, en tanto que se causaron con ocasión de la excelente gestión adelantada por la entidad, pues

sin dicha gestión no se hubieran generado los rendimientos que también se ordenaron trasladar, amén de que con la prima del seguro previsional se garantizó la cobertura ante las contingencias de la invalidez o la sobrevivencia de la demandante.

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.

1.5. Trámite de Segunda Instancia

El recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se admitieron el 02 de mayo de 2022 (doc.02, carp.02), y mediante proveído del día 09 del mismo mes y año (doc.03, carp.02), 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.

La vocera judicial de COLPENSIONES E.I.C.E. alegó el 19 de abril de 2022 (doc.05, carp.02), en punto a que se adicione la sentencia, en el sentido de condenar a la AFP PROTECCION S.A. a realizar la devolución de los gastos de administración debidamente indexados al momento del pago, y a trasladar las primas de los seguros previsionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima, igualmente indexados.

Finalmente, en lo que respecta a los apoderados judiciales de LUZ EUNICE PUERTA ZAPATA y la AFP PROTECCIÓN S.A. se abstuvieron de presentar 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 el recursos de apelación interpuesto por la AFP PROTECCIÓN S.A., 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.

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 LUZ EUNICE PUERTA ZAPATA al régimen de ahorro individual con solidaridad, deviene en ineficaz, efecto para el que habrá de establecerse si en el momento en que se surtió el traslado de régimen pensional, la AFP PROTECCIÓN S.A. le garantizó a la actora el derecho al consentimiento informado; en caso negativo, la Sala se ocupará de determinar cuáles son los efectos jurídicos que conlleva 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 LUZ EUNICE PUERTA ZAPATA, por no haberse acreditado que la AFP PROTECCIÓN S.A., le hubiere brindado información completa oportuna, clara y veraz, sobre los efectos que le acarrearía el acto jurídico del traslado de régimen pensional; pero la modificará en el sentido de disponer que, además de trasladar los aportes, los rendimientos financieros, y las cuotas de administración, la AFP PROTECCIÓN S.A. también deberá trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., con cargo a su propio patrimonio, todo lo descontado por concepto de primas del seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima; al propio de tiempo de ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade debidamente indexados los rubros que fueron descontados de la cotización, siendo que los mismos no fueron materia de capitalización.

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 beneficiaria o no del régimen de transición, o que esté próxima o no a pensionarse (SL-3202 del 14-07-2021 – Subraya intencional de la Sala).

Previo a dirimir la controversia planteada, se advierte que no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos: que la señora LUZ EUNICE PUERTA ZAPATA nació el 18 de noviembre de 1961 (pág.19, doc.02, carp.01), se afilió al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 18 de mayo de 1963 (págs.51-52 doc.02, carp.01; págs.66-68, doc.05, carp.01), y se trasladó a AFP PROTECCIÓN S.A., el 10 de agosto de 1999 (pág.34, doc.02, carp.01; págs.64-65,69 doc.05, carp.01). Tampoco se discute que el 18 de julio de 2019 la demandante le solicitó a COLPENSIONES E.I.C.E. autorizar su retorno al RPMPD (págs.53-63, doc.02, carp.01), petición que fue desestimada en la misma fecha, porque se encontraba a 10 años o menos del requisito de edad para pensionarse (págs.64-66, doc.02, carp.01); ni que el 30 de julio de 2019 la AFP PROTECCIÓN S.A. le proyectó que en el RAIS se pensionaría a los 57 años de edad con una mesada de \$1.505.394, mientras en el RPMPD se habría podido pensionar con una mesada de \$3.055.182 (págs.29-33, doc.02, carp.01). Finalmente, se encuentra acreditado que en la actualidad la demandante cuenta con 60 años de edad (pág.19, doc.02, carp.01), 1.388 semanas cotizadas (págs.36-50, doc.02, carp.01), y un saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual de \$107.083.342, de los cuales \$64.681.431 son aportes, y \$42.406.969 son rendimientos (págs.53-63, doc.05, carp.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); de forma subsecuente, 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), característica que les exige formación en la ética del servicio público, y las ubica en 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 del mentado 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 atentado de cualquier forma contra el derecho de selección de régimen pensional. Para que se verifique 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 jurídica contractual; (iv) que permanecer en un régimen pensional por largos años, o que se le haya re-asesorado, o que haya tenido tímidas 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 (Subrayas intencionales de la Sala).

Ahora bien, conviene precisar que para la fecha en que la señora LUZ EUNICE PUERTA ZAPATA se trasladó de régimen pensional, 10 de agosto de 1999 (pág.34, doc.02, carp.01; págs.64-65,69 doc.05, carp.01), la AFP PROTECCIÓN 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 1° del Decreto 663 de 1993, lo que en palabras 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 intencional de la Sala), de lo cual, únicamente se adosó el formulario de afiliación (pág. 69 doc.05, carp.01), documental que no refleja de manera alguna que a la promotora del juicio se le hubiere prestado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN S.A. no cuente con ningún soporte documental sobre la asesoría brindada a la afiliada, previo a 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 al afiliada con llamativos rendimientos financieros o la posibilidad de acceder a la pensión sin importar la edad, sino que debe atender también a que la afiliada pueda lograr la 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 LUZ EUNICE PUERTA ZAPATA (desde el minuto 12:30, doc.24), ésta admitió que había suscrito el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN S.A., máxime si se tiene en cuenta que, por el contrario, la demandante manifestó que previo al acto de afiliación al RAIS 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 aunque en el expediente obra un formulario de "Re-asesoría Pensional", con fecha del 22 de septiembre de 2008, suscrito por la demandante, y en el que se dejó constancia de que la actora había sido informada de que le convenía permanecer afiliada a la AFP PROTECCIÓN S.A. (pág.35, doc.02, carp.01; págs.70-72, doc.05, carp.01), lo cierto es que en el interrogatorio de parte (desde el minuto 12:30, doc.24) la promotora del juicio precisó que en aquella oportunidad solo le informaron cuál sería el valor de la pensión en la AFP PROTECCIÓN S.A. (16:20), que le explicaron los mismos beneficios que le indicaron en la asesoría inicial, sobre la pensión anticipada y la heredabilidad de los aportes (16:55), y que solo conoció de las diferencias que existían entre la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E. en el año 2010 cuando buscó asesoría profesional, después de la cual solicitó retornar al RPMPD (17:40).

De igual modo, es del caso resaltar que la AFP PROTECCIÓN S.A. no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el asesor 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 accionante 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.

En última instancia, conviene ahincar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que *"... 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 lo que respecta a 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 impeditiva 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 RPMPD, al que se encontraba afiliada la señora LUZ EUNICE PUERTA ZAPATA antes del traslado de régimen pensional.

Importa recordar lo expuesto 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 aquí analizado, adocrinó *"... 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 desarrollar 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 7° del Decreto 3995 de 2008, Sentencia SU-062 de 2010) y los gastos 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 PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN S.A. hubiere recibido con ocasión de la afiliación de la señora LUZ EUNICE PUERTA ZAPATA, 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 es 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, en tanto que la misma solo connota el resarcimiento del efecto 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, prohijándose 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 se 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 a la AFP PROTECCIÓN S.A. el traslado, no solo de los aportes los rendimientos financieros, y las cuotas de administración, sino también lo descontado por concepto de primas del seguro previsional, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del CC; a la par de ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade debidamente indexados los rubros que fueron descontados de la cotización, siendo que los mismos no se capitalizaron.

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 lo anterior, se impone para la Sala impartir confirmación a la sentencia de primer grado, en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la señora LUZ EUNICE PUERTA ZAPATA, por no haberse acreditado que la AFP PROTECCIÓN S.A., le hubiere brindado información completa oportuna, clara y veraz, sobre los efectos que acarrearía el acto jurídico del traslado de régimen pensional; pero la modificará en el sentido de disponer que, además de trasladar los aportes, los rendimientos financieros, y las cuotas de administración, la AFP PROTECCIÓN S.A. también deberá trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., con cargo a su propio patrimonio, las primas del seguro previsional y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima; al tiempo de ordenar a la AFP PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN 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 LUÍS CARLOS MUNERA TAPIAS, la suma de \$1.000.000, que corresponde a un (1) SMMLV, siendo el límite mínimo. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E., toda vez que la sentencia se analizó integralmente a su favor en virtud al grado jurisdiccional de consulta.

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 el numeral segundo de la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2021, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por LUZ EUNICE PUERTA ZAPATA en contra de la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., el cual quedará del siguiente tenor literal:

***“SEGUNDO:** CONDENAR a las AFP PROTECCIÓN 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 las cotizaciones y los rendimientos financieros, así como lo descontado sobre los aportes efectuados por concepto de cuotas 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 de fecha y procedencia conocidas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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