



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-010-2018-00429-01 (O2-22-125)
Demandante: OMAIRA TAPIAS TORO
Demandadas: AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.
Procedencia: JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No.146 DEL 11 DE JULIO DE 2022
Asunto: INEFICIACIA DEL TRASLADO RPMPD - RAIS

En Medellín, a los once (11) 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 05001-31-05-010-2018-00429-01 (O2-22-125), instaurado por **OMAIRA TAPIAS TORO** 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 18 de abril 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 OMAIRA TAPIAS TORO, 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 traslado al RAIS, se ordene a COLPENSIONES

E.I.C.E. posibilitar su afiliación al RPMPD, se ordene a la AFP PORVENIR S.A. devolver al RPMPD los saldos que reposan en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, y se condene en costas a las codemandadas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones expuso que nació el 23 de mayo de 1962, inicialmente estuvo afiliada al exánime INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, y en el año 1996, con más de 722 semanas de cotización, se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. Cuenta que los asesores del fondo privado se presentaron en su lugar de trabajo, anunciando las grandes bondades del RAIS y los supuestos beneficios que les traería trasladarse del ISS, y que la información fue brindada a los trabajadores de la empresa de forma general, sin efectuar un análisis de las condiciones particulares de cada empleado, omitiendo explicarles cuáles eran las condiciones que debía acreditar para pensionarse en el nuevo régimen. Adicionalmente, aseguró que se le ha negado la posibilidad de retornar al RPMPD porque le faltaban menos de 10 años para arribar a los 57 años de edad.

1.1. Trámite de Primera Instancia

La demanda se admitió el 23 de julio de 2018 (págs.52-53, doc.02), y se notificó a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, el 23 de julio de 2018 (págs.54-55, doc.02), a COLPENSIONES E.I.C.E. el 25 de julio de 2018 (pág.56, doc.02), y a la AFP PORVENIR S.A. el 22 de agosto de 2019 (pág.85, doc.02).

COLPENSIONES E.I.C.E. presentó contestación el 10 de agosto de 2018 (págs.57-65, doc.02), misma en la que admitió que la señora OMAIRA TAPIAS TORO nació el 23 de mayo de 1962, estuvo afiliada al ISS, cotizó 722,14 ante el RPMPD, y que el traslado deprecado fue rechazado porque le faltaban menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad mínima para pensionarse. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda arguyendo que la actora no ha demostrado la existencia de razones de hecho y de derecho suficientes para que se admita su traslado desde el RAIS. Consecuentemente, excepcionó de mérito la inexistencia de la nulidad de traslado de régimen pensional, inexistencia de la obligación de reconocer la afiliación al RPMPD, falta de legitimación de la causa por pasiva, prescripción, buena fe, e imposibilidad de condena en costas.

Por su parte, la AFP PORVENIR S.A. radicó contestación el 03 de septiembre de 2019 (págs.96-109, doc.02), misma en la que admitió que la señora OMAIRA TAPIAS TORO se afilió por traslado a la entidad en el año 1996. Adujo que la actora suscribió el formulario de afiliación de forma autónoma, libre y voluntaria, con conocimiento real acerca del acto jurídico que realizaba y sin presión por parte de ningún asesor, mediando un consentimiento informado y exento de

vicios, que la demandante se encuentra incurso en la prohibición legal de traslado por estar a menos de 10 años de adquirir la edad de pensión, y que ante la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia únicamente procede la devolución del saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual. De ese modo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y de fondo excepcionó la prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, y enriquecimiento sin causa.

1.2. Sentencia de Primera Instancia

La controversia planteada se dirimió en primera instancia el 18 de abril de 2022 (doc.10), por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia en la que se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora OMAIRA TAPIAS TORO al RAIS; se condenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., dentro de los 30 días siguientes, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante, con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, si los hubiere, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y las primas del seguro previsional, debidamente indexados; se ordenó a COLPENSIONES E.I.C.E. recibir los aludidos valores, incorporándolos como aportes que se reflejaran en la historia laboral, e imputados a los periodos en los que fueron cotizados en el RAIS, de acuerdo con los IBC reportados; y se condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A. en favor de la demandante.

Para sustentar su decisión, el 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; que la declaratoria de la ineficacia conlleva el traslado, no solo de los aportes y rendimientos, sino también de lo descontado de los aportes por concepto de gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y primas del seguro previsional, y que la devolución de las partidas que se descuenten debe hacerse de forma indexada, sin determinarse específicamente cuáles son.

1.3. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión antes descrita, la apoderada judicial de COLPENSIONES E.I.C.E. impetró el recurso de alzada (minuto 03:08:20, link audiencia, doc.10), en orden a que se revoque la sentencia de primer grado, y en su lugar, se absuelva a su representada de las pretensiones incoadas, relievando que COLPENSIONES E.I.C.E. es un tercero ajeno al acto jurídico del traslado, que el derecho a éste entre los regímenes pensionales no es absoluto,

que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado por la edad, que no se acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento, sino un error de derecho que no produce nulidad alguna, y que la injustificada declaratoria de la ineficacia del traslado generará la insolvencia el RPMPD, siendo que los recursos trasladados no son suficientes para financiar las prestaciones económicas pensionales por reconocer.

Por su parte, la apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A. (minuto 03:22:05, link audiencia, doc.10), interpuso el recurso de apelación, en procura de que se revoque la sentencia de primera instancia, arguyendo que el formulario de afiliación incorporado contiene la declaración de que la selección de régimen fue libre, espontánea y sin presiones, porque el referido documento no fue tachado de falso ni desconocido, y es suficiente 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; y en vista de 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, tales 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 25 de abril de 2022 (doc.02), y mediante proveído del 02 de mayo del mismo año (doc.03), 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 apoderada judicial de COLPENSIONES E.I.C.E. alegó el 10 de mayo de 2022 (doc.04), recabando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, y en cuyo sustento apuntó que la afiliación de la actora al RAIS se llevó a cabo de forma libre, voluntaria espontánea, y sin coacción alguna, que el formulario de afiliación es el único documento que se exigía para validar el traslado de régimen pensional, que el desconocimiento de la ley no exime de responsabilidad a la demandante, que el derecho al traslado no es absoluto y la accionante se encuentra inmersa en una prohibición legal en razón de la edad, y que los recursos que se ordenaron trasladar resultan insuficientes para financiar el reconocimiento de una prestación

económica pensional, por lo que, además de trasladar los conceptos enunciados por el a quo, debe ordenarse el traslado del respectivo cálculo actuarial.

Finalmente, se advierte que los apoderados judiciales de OMAIRA TAPIAS TORO 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 OMAIRA TAPIAS TORO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado, 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; 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 OMAIRA TAPIAS TORO, 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; y en cuanto ordenó el traslado de las cotizaciones, los rendimientos financieros, las cuotas de administración, las primas del seguro previsional, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima; sin embargo, la modificará en el sentido de indicar que los únicos conceptos que se deben indexar, son los que el fondo tendrá que asumir con cargo a su propio patrimonio, y que no se capitalizaron, no así, los rendimientos financieros.

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 OMAIRA TAPIAS TORO nació el 23 de mayo de 1962 (pág.11, doc.02), se afilió al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 16 de marzo de

1981 (págs.15-16, 66-69, 157-160, doc.02), y se trasladó a la AFP HORIZONTE S.A., hoy AFP PORVENIR S.A., el 05 de julio de 1995 (pág.110, doc.02). Tampoco se discute que el 29 de abril de 2016 le solicitó a COLPENSIONES E.I.C.E y a la AFP PORVENIR S.A. retornar al RPMPD (pág.17, doc.02), petición que fue desestimada el 14 de octubre del mismo año por COLPENSIONES E.I.C.E. porque se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse (págs.13, doc.02). Finalmente, se encuentra acreditado que en la actualidad la demandante cuenta con 60 años de edad (pág.11, doc.02), 1.117 semanas cotizadas (págs.136-152, doc.02), y \$103.647.807 acumulados en su cuenta de ahorro individual, de los cuales \$78.946.700 son aportes y \$26.564.673 son rendimientos (págs.113, 114-121, 153-156, doc.02).

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 este modo, 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 4º del Decreto 656 de 1994), característica 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 1º 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 OMAIRA TAPIAS TORO se trasladó de régimen pensional, 05 de julio de 1995 (pág.110, doc.02), la AFP HORIZONTE S.A., hoy AFP 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 intencional de la Sala), de lo cual, únicamente se adosó al plenario el formulario de afiliación (pág.110, doc.02), 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., otrora AFP HORIZONTE 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., extinta 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 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 OMAIRA TAPIAS TORO (desde el minuto 01:00:00, link audiencia, doc.10), 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.

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 a la afiliada.

Finalmente, 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 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 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 OMAIRA TAPIAS TORO 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, adoctrino “... 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 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 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 OMAIRA TAPIAS TORO, 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 adicional, sino que connota el simple 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, 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 rememora: *"... 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".

En el mismo sentido, viene a propósito ahincar en que la indexación de los rendimientos financieros resulta improcedente, siendo que dichos conceptos tienen un origen y naturaleza diferente, referido a la rentabilidad alcanzada por los fondos privados en el desarrollo de sus operaciones de inversión para alcanzar réditos; de consiguiente, tal condena deberá ser revocada, y en su lugar, se modificará el fallo de instancia en el sentido de indicar que las únicas sumas que se deben indexar son las cuotas de administración, primas del seguro previsional, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

Lo anterior, siguiendo los lineamientos de la sentencia C-424 de 2015, en la que el máximo tribunal constitucional memoró que en sede del grado jurisdiccional de consulta también debe examinarse la legalidad del fallo materia de la misma: *"Pese a que la jurisprudencia ha considerado que este mecanismo de control jurisdiccional de consulta no es propiamente un medio de impugnación, cuenta con una estrecha relación con los principios de derecho de defensa, debido proceso y doble instancia, sin que a la misma le sean aplicables todos los principios y garantías de la apelación, tanto así, que el juez que asume conocimiento en grado de consulta no está limitado por el principio de non reformatio in pejus, sino que oficiosamente puede hacer una revisión del fallo"*.

Y en últimas, en razón a que a COLPENSIONES E.I.C.E. con dicha decisión no se le desconoce ningún derecho, u ocasiona un perjuicio, pues además con el reconocimiento de la indexación de los rubros descontados atrás referidos, se responde de manera suficiente a los intereses de dicha entidad de seguridad social pública, frente a la integridad de los aportes que le serán trasladados para financiar la reclamación pensional futura por la accionante.

De cara al cálculo de equivalencia pretendido por COLPENSIONES E.I.C.E., ha de relieves la Sala que tal condena 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 de esta jurisdicción no ha tenido variación, además de que no es posible impartir ese tipo de condenas, cuando, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, los dos regímenes de pensiones si bien coexisten son excluyentes, y por tanto, una vez verificada la ineficacia del traslado, lo procedente era que se hubiera ordenado a la AFP PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES E.I.C.E. todos los valores que por aportes legales 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 sus frutos e intereses, como se indicó en las líneas que anteceden (SL2877-2020, radicado 78667).

La Sala confirmará la sentencia de primer grado, en cuanto ordenó el traslado de las cotizaciones, los rendimientos financieros, las cuotas de administración, las primas del seguro previsional, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima; pero la modificará en el sentido de indicar que los únicos conceptos que se deben indexar, son los que el fondo tendrá que asumir con cargo a su propio patrimonio, y que no se capitalizaron, no así, los rendimientos financieros, modificación que se considera necesaria siendo que el cognoscente de primer grado no determinó específicamente cuáles eran los conceptos que se debían indexar.

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 OMAIRA TAPIAS TORO, 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; y en cuanto ordenó el traslado de las cotizaciones, los rendimientos financieros, las cuotas de administración, las primas del seguro previsional, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima; sin embargo, la modificará en el sentido de indicar que los únicos conceptos que se deben indexar, son los que el fondo tendrá que asumir con cargo a su propio patrimonio, y que no se capitalizaron, contrario a lo que sucede con los rendimientos financieros.

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 OMAIRA TAPIAS TORO, 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., siendo que el recurso de apelación impetrado salió avante, y 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 18 de abril de 2022, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por OMAIRA TAPIAS TORO 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, esto es, las cotizaciones y los rendimientos financieros, así como lo descontado durante la vigencia de su afiliación, incluso durante el periodo de afiliación a la AFP HORIZONTE S.A., 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 la sentencia de fecha y origen conocidos.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. fijándose como agencias en derecho, en favor de OMAIRA TAPIAS TORO la suma de \$1.000.000, que corresponde a un (1) SMMLV. 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