



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-005-2022-00003-01 (O2-22-141)
Demandante: GLORIA PATRICIA GRACIANO HERNÁNDEZ
Demandadas: AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.
Procedencia: JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No.147 DEL 11 DE JUNIO 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 05001-31-05-005-2022-00003-01 (O2-22-141), instaurado por **GLORIA PATRICIA GRACIANO HERNÁNDEZ** contra la **AFP PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES E.I.C.E.**, en punto a resolver el Recurso de Apelación impetrado por la AFP PORVENIR S.A., y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de y COLPENSIONES E.I.C.E., respecto de la sentencia que selló la primera instancia, proferida el 06 de abril de 2022 por el Juzgado Quinto 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 GLORIA PATRICIA GRACIANO HERNÁNDEZ, 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 ineficacia de su afiliación al RAIS, se declare

que siempre ha estado válidamente afiliada al RPMPD, se condene a la AFP PORVENIR S.A. trasladar al RPMPD los aportes, rendimientos y cuotas de administración que hubieren recibido con motivo de su afiliación, se ordene a COLPENSIONES E.I.C.E. convertir en semanas cotizadas los aportes provenientes del RAIS, y se condene en costas a la parte demandada.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones expuso que nació el 25 de diciembre de 1964, se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 14 de febrero de 1989, cotizó 275 semanas al RPMPD, se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 18 de agosto de 1994, y ha cotizado 939,4 semanas al RAIS. Sostuvo que antes, durante, ni después de la suscripción del formulario de afiliación fue informada de manera clara, completa y veraz sobre las consecuencias que acarrearía trasladarse de régimen pensional, las ventajas y desventajas que existente entre el RPMPD y el RAIS, ni se le ha hecho un paralelo de las prestaciones reconocidas por uno y por otro régimen, así como nunca se le informó los requisitos que debía cumplir para pensionarse en cada régimen, todo ello, con el fin de tomar la decisión más acertada. Aseveró que la mesada pensional que recibirá en el RAIS, es inferior a la que recibiría en el RPMPD, y que el 20 de septiembre de 2021 le solicitó a COLPENSIONES E.I.C.E. el traslado de régimen pensional, petición que fue desestimada el día 21 del mismo mes y año, porque no era posible anular su afiliación al RAIS.

1.1. Trámite de Primera Instancia

La demanda se admitió el 27 de enero de 2022 (doc.05, carp.01), se notificó a COLPENSIONES E.I.C.E. el 02 de febrero de 2022 (docs.06,08, carp.01), a la AFP PORVENIR S.A. el 02 de febrero de 2022 (docs.07,09, carp.01), a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, el 02 de febrero de 2022 (doc.11, carp.01), y a la Procuradora Judicial para los Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, el 17 de febrero de 2022 (doc.15, carp.01).

COLPENSIONES E.I.C.E. presentó contestación el 14 de febrero de 2022 (doc.12, carp.01), en la que admitió que la señora GLORIA PATRICIA GRACIANO HERNÁNDEZ nació el 25 de diciembre de 1964, se afilió al ISS el 14 de febrero de 1989, cotizó 275 semanas al RPMPD, se trasladó al RAIS, y solicitó retornar al RPMPD el 20 de septiembre de 2021, petición que fue negada el día 21 del mismo mes y año. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda arguyendo que el formulario de solicitud de afiliación al RAIS suscrito por la demandante goza de plena validez jurídica, porque la actora se encuentra inmersa en una prohibición legal para trasladarse de régimen pensional. Consecuentemente, propuso las excepciones de fondo que denominó carga dinámica de la prueba y particularidades del caso concreto, inexistencia de vicio en el consentimiento, devolución de cuotas de administración, seguros previsionales y comisiones indexados, improcedencia de la

indexación de las condenas, prescripción, imposibilidad de condena en costas, y compensación.

Por su parte, la AFP PORVENIR S.A. radicó contestación el 16 de febrero de 2022 (doc.14, carp.01), misma en la que admitió que la señora GLORIA PATRICIA GRACIANO HERNÁNDEZ cuenta con 965,1 semanas cotizadas al RAIS. Adujo que el traslado de la demandante al RAIS se produjo a través de la AFP COLPATRIA S.A., hoy AFP PORVENIR S.A., que su vinculación fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, y de las diferencias con el RPMPD, en los términos previstos en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la Circular 019 de 1998 de la Superintendencia Financiera de Colombia. Con el fin de enervar las pretensiones formuladas, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y compensación.

1.2. Sentencia de Primera Instancia

La controversia planteada se dirimió en primera instancia el 06 de abril de 2022 (docs.19-20, carp.01) por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia en la que se declaró la ineficacia de la afiliación de la señora GLORIA PATRICIA GRACIANO HERNÁNDEZ al RAIS; se declaró que su afiliación al RPMPD no ha tenido solución de continuidad en el tiempo en el que ha estado vinculada al Sistema General de Pensiones; se condenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., dentro de los 30 días siguientes, los aportes efectuados por la demandante, incluidos los frutos y rendimientos que sobre los mismos se hubieren causado, asumiendo con cargo a su patrimonio los gastos de administración, las pólizas previsionales y de reaseguros, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, y los descuentos para el fondo de solidaridad pensional, debidamente indexados; se condenó a COLPENSIONES E.I.C.E. recibir los aportes que la AFP PORVENIR S.A. le devuelva, como resultado de la ineficacia decretada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado por la actora en el RAIS, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral; se declaró la improperidad de los medios defensivos propuestos; 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., en otrora AFP COLPATRIA S.A., tenía la obligación de brindarle a la actor a 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 al demandante, y 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, de forma indexada, para corregir la pérdida del poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario presentado.

1.3. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión antes descrita, la apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A. (minuto 02:06:25, doc.19), interpuso el recurso de apelación, a fin de que se revoque la sentencia de primera instancia, siendo que, para probar el cumplimiento del deber de información, su representada no tenía la obligación de presentar documento adicional al formulario de afiliación, el cual da cuenta de la validez del acto jurídico del traslado, al tiempo de que el fondo privado no tuvo la posibilidad de probar documentalmente la calidad de la información que le brindó a la accionante, y que los gastos de administración que se causan en ambos regímenes, no están llamados a financiar la pensión de vejez, y por tanto, son objeto de prescripción.

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 09 de mayo de 2022 (doc.02, carp.02), y mediante proveído del día 16 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.

El poderhabiente judicial de la AFP PORVENIR S.A. alegó el 19 de mayo de 2022 (doc.04, carp.02), en procura de que se revoque la sentencia de primer grado, y se absuelva a su representada de las pretensiones incoadas, por cuanto no se probó la ausencia de los requisitos de existencia previstos en el artículo 1741 del CC, ni la existencia de los vicios contemplados en el artículo 1508 ibídem, porque el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 solo prevé el reconocimiento de una multa administrativa, en tanto que la ineficacia solo se predica de los actos jurídicos celebrados por un incapaz absoluto, y que cualquier irregularidad que se hubiere presentado se ratificó por el transcurso del tiempo, la demandante se trasladó de régimen de forma libre y voluntaria, y el formulario de afiliación da cuenta de la voluntad que tenía la demandante de afiliarse a la entidad. Finalmente alegó

que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la pensión de vejez, y porque los gastos de administración descontados, fueron autorizados por el legislador para ambos regímenes pensionales.

Por su parte, el apoderado judicial de la señora GLORIA PATRICIA GRACIANO HERNÁNDEZ, alegó el 25 de mayo de 2022 (doc.05, carp.02), con miras a que se confirme la sentencia de primer grado, arguyendo que a la AFP PORVENIR S.A. le correspondía probar la satisfacción del deber de información, lo cual no acreditó, y que la diferencia en el monto de la mesada pensional de su poderhabiente puede oscilar entre el \$1.322.806 y \$2.055.643.

Finalmente, la apoderada judicial de COLPENSIONES E.I.C.E. alegó el 20 de mayo de 2022 (doc.06, carp.02), en punto a que se disponga la revocatoria de la sentencia de primera instancia, por cuanto a la demandante le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima para pensionarse; que el único interés que motiva a la actora es el beneficio económico que podría obtener en el RPMPD, y que el engaño invocado por la demandante no fue debidamente acreditado; subsidiariamente, solicitó la devolución de los aportes, rendimientos, gastos de administración, y cualquier rubro que el fondo privado hubiere recibido con la afiliación de la actora.

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 recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A., advirtiéndose que en observancia del 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 GLORIA PATRICIA GRACIANO HERNÁNDEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP 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; en caso negativo, la Sala se ocupará de determinar cuáles son todos 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 GLORIA PATRICIA GRACIANO HERNÁNDEZ, por no haberse acreditado que la AFP PORVENIR S.A., le hubiere brindado información completa oportuna, clara, completa y veraz, sobre los efectos que le acarrearía el acto jurídico del traslado de régimen pensional; y en cuanto que 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, debidamente indexados, sin embargo, la modificará en lo que respecta al traslado de los aportes destinados al fondo de solidaridad pensional, en el sentido de indicar que dichos aportes no deben trasladarse, habida cuenta que este fondo es independiente del RAIS y del RPMPD, y de consiguiente, su devolución atiende a una finalidad diferente y es totalmente irrelevante para el financiamiento del fondo común del RPMPD.

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 jurídica 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 GLORIA PATRICIA GRACIANO HERNÁNDEZ nació el 25 de diciembre de 1964 (pág.02-03, doc.13, carp.01), se afilió al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 14 de febrero de 1989 (págs.38-44, doc.03, carp.01; págs.92-96, doc.14, carp.01), y se trasladó a la AFP COLPATRIA S.A., hoy AFP PORVENIR S.A., el 18 de agosto de 1994 (pág.14, doc.14, carp.016). Tampoco se discute que el 20 de septiembre de 2021 la actora le solicitó a COLPENSIONES E.I.C.E. declarar la nulidad de su afiliación al RAIS y autorizar su traslado al RPMPD (págs.53-56, doc.03, carp.01), petición que fue denegada el día 21 del mismo mes y año porque el traslado de régimen pensional se efectuó en ejercicio del derecho de libre elección de régimen, y le faltaban menos de diez (10) años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez (pág.57-58, doc.03, carp.01). De igual modo, no se discute que actualmente la actora cuenta con 57 años de edad (pág.02-03, doc.13, carp.01), 1.240 semanas cotizadas (págs.97-105, doc.14, carp.01), y \$103.138.702 acumulados en la cuenta de ahorro individual, (págs.97-105, doc.14, 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 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 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. (Subrayas de la Sala)

Ahora bien, conviene precisar que para la fecha en que la señora GLORIA PATRICIA GRACIANO HERNÁNDEZ se trasladó de régimen pensional, 18 de agosto de 1994 (pág.72,

doc.14, carp.01), la AFP COLPATRIA 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 1° 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 el formulario de afiliación (pág.72, doc.14, carp.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., otrora AFP COLPATRIA 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., en otrora AFP COLPATRIA 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 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 GLORIA PATRICIA GRACIANO HERNÁNDEZ (desde el minuto 34:30, doc.19), ésta admitió que había suscrito el formulario de afiliación a 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 traslado de régimen no recibió información sobre las diferencias existentes entre el RPMPD y el RAIS, los requisitos que debía acreditar para pensionarse en el RAIS, qué era el bono pensional, y que solo suscribió el formulario de afiliación ya que entendía que el fondo privado le estaba ofreciendo mayores beneficios que el ISS.

También es del caso resaltar que la AFP PORVENIR S.A., otrora AFP COLPATRIA S.A., no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el asesor que atendió al 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 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). Dicho lo anterior, se impone entonces, impartir confirmación a la decisión de instancia,

en cuanto dispuso la declaratoria de la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional de la deprecante.

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 GLORIA PATRICIA GRACIANO HERNÁNDEZ 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, adoctrinó “... 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 los gastos de la aseguradora (primas previsionales), pues carecería de sentido y objeto la declaratoria de ineficacia por la falta de la información privilegiada 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 GLORIA PATRICIA GRACIANO HERNÁNDEZ, 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 pensional, 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.

Ahora bien, ha de precisarse que el *a quo* también ordenó el traslado de los aportes destinados al Fondo de Solidaridad Pensional, cuyo importe, estima la Sala, no es susceptible

de devolución, habida cuenta que éste fondo no es exclusivo del RAIS, como es el caso del Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, sino que es un fondo independiente del Sistema General de Pensiones, es decir, que el Fondo de Solidaridad Pensional que tiene una naturaleza totalmente diferente al RAIS y al RPMPD: “... es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo y administrada por sociedades fiduciarias de naturaleza pública” (T-321 de 2019), cuya finalidad es “(...) subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte” y “hacer efectivo el principio de solidaridad que rige al sistema de seguridad social” y materializar el Estado Social de Derecho, al asegurar a los menos favorecidos la satisfacción de sus necesidades básicas”, (artículo 26 de la Ley 100 de 1993 y sentencias C-243 de 2006, reiterada en la T-321 de 2019), y de consiguiente, su devolución es totalmente irrelevante a efectos de financiar el fondo común del RPMPD, siendo que al haber sido materia de apelación la devolución de descuentos efectuados sobre las cotizaciones, deberá revocarse la condena impartida en ese sentido en la instancia.

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 atrás citada, 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".

Así las cosas, se 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, debidamente indexados; sin embargo, se modificará lo que respecta al traslado de los aportes destinados al fondo de solidaridad pensional, en el sentido de indicar que dichos aportes no deben trasladarse, en la medida en que este fondo es independiente del RAIS y del RPMPD, y de consiguiente, su devolución no tiene por finalidad el financiamiento del fondo común del RPMPD.

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.

La Sala confirmará la sentencia de primer grado, en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la señora GLORIA PATRICIA GRACIANO HERNÁNDEZ, 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, estos tres últimos rubros debidamente indexados; empero, se modificará en lo que respecta con el traslado de los aportes destinados al fondo de solidaridad pensional, en el sentido de indicar que dichos aportes no deben trasladarse, por tener dicho fondo una destinación y funcionamiento independiente del RAIS y del RPMPD, y por tanto, su devolución es totalmente adjetiva para los fines del financiamiento del fondo común del RPMPD.

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 GLORIA PATRICIA GRACIANO HERNÁNDEZ, 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., puesto que no impetró el recurso de apelación, 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 tercero de la sentencia proferida el 06 de abril de 2022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por GLORIA PATRICIA GRACIANO HERNÁNDEZ en contra de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., el cual quedará del siguiente tenor literal:

***"TERCERO:** 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 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 GLORIA PATRICIA GRACIANO HERNÁNDEZ, 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