



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-014-2019-00641-01 (O2-22-114)
Demandante: ORLANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FLÓREZ
Demandadas: AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.
Procedencia: JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No.145 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 05001-31-05-014-2019-00641-01 (O2-22-114), instaurado por **ORLANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FLÓREZ** contra la **AFP PORVENIR S.A.**, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES E.I.C.E.**, en punto a resolver los Recursos de Apelación impetrados por las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES E.I.C.E., respecto de la sentencia que selló la primera instancia, proferida el 01 de abril de 2022 por el Juzgado Catorce 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 presente providencia escrita, cuya ponencia fue previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

1. ANTECEDENTES

La señora ORLANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FLÓREZ, actuando por intermedio de apoderada 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 ineficacia de su afiliación de su afiliación a

la AFP PORVENIR S.A., y de su posterior traslado a la AFP COLFONDOS S.A.; se declare que siempre ha estado válidamente afiliado al RPMPD actualmente administrado por COLPENSIONES E.I.C.E., sin solución de continuidad; se condene a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes recibidos, con todos los frutos, intereses y rendimientos; y se ordene a COLPENSIONES E.I.C.E. validar los aportes trasladados, e incorporarlos a su historia laboral.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones expuso que nació el 15 de agosto de 1958, comenzó a realizar aportes al RPMPD el 28 de febrero de 1977, se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 19 de noviembre de 1998, y se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 15 de julio de 2002. Aseveró que cuando se surtió el traslado de régimen pensional no recibió una asesoría individual y personalizada, sino que, en “charlas de pasillo”, los asesores del fondo privado les vendieron la idea a todos los funcionarios del hospital de afiliarse al RAIS; que se trasladó a otra AFP por incumplimiento del fondo privado de gestionar el bono pensional, y que previo a ninguno de los traslados fue informado sobre las características que diferenciaban el RAIS del RPMPD. Afirmó que el 11 de agosto de 2010 recibió una llamada de la AFP PROTECCIÓN S.A., pero en la misma no le informaron cuál había sido el monto de la mesada pensional proyectada, y en todo caso, se realizó solo cuatro días antes de que cumpliera los 52 años de edad. Anotó que el 12 de marzo de 2019 la AFP PROTECCIÓN S.A. proyectó que a los 62 años de edad podría acceder a una mesada pensional de \$1.501.685, siendo que en el RPMPD habría podido causar una mesada de \$4.832.164. Y finalmente indicó que el 04 de julio de 2019 radicó un formulario de afiliación ante COLPENSIONES E.I.C.E., mismo que fue rechazado porque se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

1.1. Trámite de Primera Instancia

La demanda se admitió el 19 de noviembre de 2019 (págs.59-60, doc.02), y se notificó a COLPENSIONES E.I.C.E., el 26 de noviembre de 2019 (págs.61-62, doc.02), al Procurador Judicial para los Asuntos del Trabajo y de la Seguridad Social el 26 de noviembre de 2019 (pág.63, doc.03), a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, el 28 de noviembre de 2019 (págs.64-65, doc.03), y a la AFP PORVENIR S.A., el 09 de marzo de 2020 (pág.105, doc.02).

COLPENSIONES E.I.C.E., presentó contestación el 12 de diciembre de 2019 (págs.66-74, doc.02), misma en la que admitió que el señor ORLANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FLÓREZ nació el 15 de agosto de 1958, comenzó a realizar aportes al RPMPD el 28 de febrero de 1977, y solicitó retornar al RPMPD el 04 de julio de 2019. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo, que no existió vicio en el consentimiento del actor en el acto jurídico del traslado

de régimen, ni menoscabó los derechos fundamentales del accionante, pues era su interés captar una prestación económica a menos edad de la que se exige en el RPMPD, y beneficiarse de las características propias del RAIS. De consiguiente, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia de vicio en el consentimiento, devolución de las cuotas de administración, imposibilidad de condena en costas, y compensación.

Por su parte, la AFP PORVENIR S.A. (doc.03) aceptó que el señor ORLANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FLÓREZ se afilió a la entidad el 19 de noviembre de 1998, y aseveró que la misma se llevó a cabo de forma libre, voluntaria e informada, previa asesoría verbal, clara, suficiente y veraz sobre las características de cada régimen pensional. Ello así, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo que el acto jurídico del traslado es válido, porque cumplió con los requisitos establecidos en la normativa vigente, y no pesa sobre él ningún vicio u omisión que lo invalide, porque el demandante contaba con plena capacidad legal para trasladarse, también tenía el deber de informarse, y no se trasladó nuevamente de régimen, aunque contó con la oportunidad para hacerlo, dado que la legislación no prevé la ineficacia como consecuencia de la falta de información, pero en todo caso es improcedente el traslado de los gastos de administración y la prima del seguro previsional. Como postura de opugnación, excepcionó de fondo la prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de causa, inexistencia de la obligación, y buena fe.

Finalmente, la AFP PROTECCIÓN S.A. (doc.06), admitió que el señor ORLANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FLÓREZ nació el 15 de agosto de 1959, se trasladó a la entidad el 15 de julio de 2002, y el 12 de marzo de 2019 le realizó la proyección de que a los 62 años podría pensionarse con una mesada de \$1.501.685. Sostuvo que sus asesores son capacitados permanentemente y cuentan con el conocimiento técnico y la lealtad suficiente para orientar en debida forma a los posibles afiliados; que el actor fue asesorado sobre el Sistema General de Pensiones, y se le explicaron las características que diferencian al RPMPD del RAIS, entre ellas, la forma en la que se adquiere la pensión de vejez, las consecuencias del traslado, y todos los aspectos necesarios para que el actor tuviera claridad respecto de su panorama pensional. 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 del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional, y validez y eficacia del traslado entre administradoras del RAIS.

1.2. Sentencia de Primera Instancia

La controversia planteada se dirimió en primera instancia el 01 de abril de 2022 (doc.12), por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, sentencia en la que se declaró la ineficacia de la afiliación del señor ORLANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FLÓREZ a la AFP PORVENIR S.A., así como su posterior traslado a la AFP PROTECCIÓN S.A.; se ordenó a COLPENSIONES E.I.C.E. activar la afiliación del actor al RPMPD, sin solución de continuidad; se condenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., el valor de los gastos de administración, que incluyen el pago de seguros previsionales y la garantía de la pensión mínima, descontados entre el 01 de enero de 1999 y el 31 de agosto de 2002; se condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo los rendimientos financieros, y las comisiones de administración, que incluyen lo pagado por seguro provisional y garantía de la pensión mínima a partir del 01 de septiembre de 2002, y hasta que se haga efectivo el traslado: se declararon no probadas las excepciones formuladas, y se condenó en costas a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., en favor de la demandante.

Para sustentar su decisión, el cognoscente de primer grado argumentó que los fondos privados tenían la obligación de brindarle al actor información suficiente, clara y veraz, sobre las diferencias entre el RPMPD y el RAIS, que la carga de la prueba se invirtió en favor del afiliado, sin que se hubiere acreditado que el fondo privado le hubiere brindado tal información al demandante, y que la declaratoria de la ineficacia conlleva al traslado, no solo de los aportes y rendimientos, sino también de lo descontado de los aportes por concepto de gastos de administración, que incluyen las cuotas de administración, los seguros previsionales y la garantía de la pensión mínima.

1.3. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión antes descrita, el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A. (minuto 02:39:25, doc.13), interpuso el recurso de apelación, en procura de que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se absuelva a su representada de las pretensiones incoadas, con apoyo en que la afiliación del demandante cumplió con los requisitos vigentes para la época, quedando como soporte documental el formulario de afiliación; el actor demostró el conocimiento que tenía del RAIS cuando optó por trasladarse a otra administradora, y pese de haber sido re-asesorado, decidió permanecer en el mismo régimen; el demandante no ejerció el deber de aprovechar los espacios de comunicación con la entidad; y era imposible para su prohijada prever el monto que alcanzaría la pensión

de vejez. Subsidiariamente, solicitó se revoque la condena referida al traslado de los gastos de administración, siendo que los mismos no obran en el patrimonio de la entidad, y se descontaron por disposición legal.

Por su parte, la apoderada judicial de la AFP PROTECCIÓN S.A., también impetró el recurso de alzada (minuto 02:43:05, doc.13), en orden a que se revoque parcialmente la sentencia de primer grado, en lo relativo al traslado de las cuotas de administración, aduciendo que dicha condena constituye un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, administradora que recibirá unos dineros que no están destinados a la financiación de la pensión de vejez, y que por lo tanto, también 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

Los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se admitieron el 19 de abril de 2022 (doc.02), y mediante proveído del día 25 del mismo mes y 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, alegatos de conclusión por escrito.

La vocera judicial de COLPENSIONES E.I.C.E. alegó el 29 de abril de 2022 (doc.04), insistiendo en la confirmación de la sentencia de primera instancia, en cuyo sustento manifestó que las cuotas de administración son ingresos que le permiten a los fondos de pensiones generar o fortalecer su patrimonio, todo ello, en virtud de la afiliación obligatoria al sistema general de pensiones, de ahí que, a su parecer, al declararse la ineficacia del traslado, estos dineros representen un enriquecimiento sin justa causa a favor de los fondos privados, en desmedro de la entidad que representa, los cuales hubiesen sirven para capitalizar el fondo de naturaleza común.

Por su parte, la poderhabiente judicial de la AFP PORVENIR S.A., alegó el 03 de mayo de 2022 (doc.05), en pos de la revocatoria íntegra de la sentencia de primera instancia, arguyendo que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, siendo que la actora contó con varias oportunidades para retornar al RPMPD, fue informada en los

términos establecidos en el Decreto 663 de 1993, según consta en el formulario de afiliación, e incumplió el deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios; amén de que los gastos de administración tienen una destinación específica, diferente a la financiación de la pensión de vejez, y no hacen parte del patrimonio de la AFP; y la entidad siempre actuó de buena fe, siendo improcedente la condena en costas procesales.

Finalmente, se advierte que los apoderados judiciales de ORLANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FLÓREZ y la AFP PROTECCIÓN 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 la AFP PROTECCIÓN S.A., advirtiéndose que atendiendo 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 del señor ORLANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FLÓREZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado, resulta ineficaz, efecto para el que habrá de establecerse si en el momento en que se surtió el traslado de régimen pensional, los fondos privados le garantizaron al afiliado 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 del señor ORLANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FLÓREZ, 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; y en cuanto ordenó el traslado los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo aportes y rendimientos financieros, y las sumas que hubiere descontado para sufragar las cuotas de administración, las primas del seguro previsional, y los aportes para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima; pero la adicionará en

el sentido de ordenar a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. que traslade debidamente indexados los rubros que fueron descontados de la cotización, amén de que los mismos no fueron capitalizados.

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) el afiliado 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) el 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 el afiliado sea beneficiario o no

del régimen de transición, o que esté próximo 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 el señor ORLANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FLÓREZ nació 15 de agosto de 1958 (págs.25-27, doc.02), laboró al servicio del Departamento del Norte de Santander, entre el 28 de febrero de 1977 y el 24 de julio de 1983, sin cotizaciones al ISS (pág.28, doc.02), se afilió al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a partir del 28 de enero de 1986 (págs.87-88, doc.06), se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 19 de noviembre de 1998 (pág.45, doc.02; pág.16, doc.04), y se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A., el 15 de julio de 2002 (pág.47, doc.01; pag.91, doc.06). Tampoco se discute que el 12 de marzo de 2019 la AFP PROTECCIÓN S.A. le proyectó que a los 62 años de edad el actor podría acceder a una mesada pensional de \$1.501.685 (págs.52-54, doc.02; págs.93-95, doc.06), ni que el 04 de julio de 2019 COLPENSIONES E.I.C.E. rechazó la solicitud de traslado radicada por el demandante, debido a que aquel se encontraba a diez años o menso del requisito de tiempo para pensionarse (pág.57, doc.02). Finalmente, se encuentra acreditado que en la actualidad el demandante cuenta con 63 años de edad (págs.25-27, doc.02), 1.410,28 semanas cotizadas (págs.38-52, doc.06), y \$326.314.158 acumulados en su cuenta de ahorro individual, de los cuales \$105.430.634 son aportes, y \$203.567.656 son rendimientos (págs.65-83, doc.06)

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 ese 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, el afiliado debe manifestar su elección por escrito (literal b) del artículo 13 de

la Ley 100 de 1993), y frente al desconocimiento del 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 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 del afiliado como parte débil de la relación procesal y contractual; (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 afiliado para trasladarlo al RAIS, tiene la obligación de devolver al régimen de prima media el 100% de los aportes efectuados por el afiliado, 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 el señor ORLANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FLÓREZ se trasladó de régimen pensional, 19 de noviembre de 1998 (pág.45, doc.02; pág.16, doc.04), la 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 afiliados, 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.16, doc.04), documental que no refleja de manera alguna que al promotor del juicio se le hubiere prestado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP PORVENIR S.A., hubiere cumplido con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, en tanto no basta explicar los beneficios de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron materia de análisis previo, o cuando menos, al momento de efectuarse la afiliación y traslado al régimen pensional.

En este punto, estima pertinente la Sala acotar que el hecho de que la AFP PORVENIR S.A. no cuente con ningún soporte documental sobre la asesoría brindada al afiliado, 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 afiliado con llamativos rendimientos financieros o la posibilidad de acceder a la pensión sin importar la edad, sino que debe atender también a que el afiliado pueda lograr la prestación económica que mejor se acompase con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

De igual forma se advierte que, aunque en el interrogatorio de parte rendido por el señor ORLANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FLÓREZ (desde el minuto 50:10 doc.13), éste 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 del afiliado 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, el demandante manifestó que previo al acto de afiliación no le explicaron cuáles eran las características particulares y comparativas del RAIS y del RPMPD, ni las posibles desventajas de su traslado de régimen pensional, y que su afiliación se produjo por requerimiento del empleador al que se estaba vinculando.

Y aunque en el plenaria reposa un "Formulario de Re-asesoría Pensional" (págs.49-51, doc.02; pág.92, doc.06), en el que se indica que el 11 de agosto de 2010 una funcionaria de la AFP PROTECCIÓN S.A. telefónicamente le informó al actor que no le convenía seguir afiliado a la entidad, porque el monto de la pensión se había proyectado superior en el RPMPD, lo cierto es que el referido documento no fue suscrito por el actor, y en virtud de ello, no se encuentra acreditado que la información allí descrita efectivamente hubiere sido puesta en conocimiento del demandante, máxime si se tiene en cuenta que en el interrogatorio de parte el actor manifestó que no recuerda lo que le dijeron en esa llamada (minuto 01:02:15, doc.13). En todo caso, conviene memorar que los actos de relacionamiento, como lo es la re-asesoría pensional, no tienen la vocación de convalidar la ineficacia que se deriva de la falta de información al momento del traslado inicial.

También es del caso resaltar que la AFP PORVENIR S.A. ni la AFP PROTECCIÓN S.A. desplegaron 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 del 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 afiliado.

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 lo que respecta a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional.

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 afiliado el señor ORLANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FLÓREZ 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, el Alto Tribunal 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"; a su vez, al abordar el tema de las implicaciones y consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, precisó:

"i) que ésta involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque

los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida;

ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

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

Así pues, la ineficacia del traslado conlleva precisamente a que el fondo privado de pensiones devuelva todas las cotizaciones que hubiere recibido, incluyendo lo correspondiente al porcentaje que por gastos o comisión de administración haya descontado de las cotizaciones, así como también lo descontado para cubrir los aportes al fondo de garantía de pensión mínima (artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, Sentencia SU-062 de 2010) y las sumas de la aseguradora (primas previsionales), pues carecería de sentido y objeto la declaratoria de ineficacia por la falta de la información exigida, de no trasladarse de manera íntegra las cotizaciones efectuadas, viéndose favorecida tanto la AFP PORVENIR S.A. como 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 las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. hubieren recibido con ocasión de la afiliación del señor ORLANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FLÓREZ, 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 del afiliado 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, esta Colegiatura 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, tema 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 llano 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"*.

Así las cosas, se confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto ordenó el traslado o devolución no solo de los aportes y rendimientos financieros, sino también, de lo descontado por concepto de cuotas de administración, primas del seguro previsional, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del CC, adicionándolo en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. y a la AFP

PROTECCIÓN S.A. que trasladen debidamente indexados los rubros que fueron descontados de la cotización, mismos que no fueron objeto de capitalización.

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 que con acierto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, y ordenó la devolución, no solo de los aportes y los rendimientos financieros, sino también, de todo lo descontado por concepto de comisiones o gastos de administración, pago de primas de los seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de la pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, en términos del artículo 1746 del CC, adicionándola en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. y a la AFP PROTECCIÓN S.A. que trasladen debidamente indexados los rubros que fueron descontados de la cotización, pues además no fueron objeto de capitalización.

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 las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., por habérseles resuelto desfavorablemente los recursos de apelación propuestos, 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 ORLANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FLÓREZ, y a cargo de cada uno de los fondos privados, 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., teniendo en cuenta 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: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 01 de abril de 2022, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por ORLANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FLÓREZ en contra de la AFP PORVENIR S.A., la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., en el sentido de indicar que las sumas descontadas por la AFP PORVENIR S.A., por concepto de cuotas de administración, primas para el seguro previsional, y aportes para el fondo de garantía de la pensión mínima, tendrán que ser devueltas a COLPENSIONES E.I.C.E., debidamente indexadas.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia de fecha y origen conocidos, en el sentido de indicar que las sumas descontadas por la AFP PROTECCIÓN S.A., por concepto de cuotas de administración, primas para el seguro previsional, y aportes para el fondo de garantía de la pensión mínima, tendrán que ser devueltas a COLPENSIONES E.I.C.E., debidamente indexadas.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de fecha y origen conocidos.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. fijándose como agencias en derecho, en favor de ORLANDO ENRIQUE MÁRQUEZ FLÓREZ, y a cargo de cada uno de los fondos privados, 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