



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-006-2019-00577-01 (O2-22-171)
Demandante: JHON JAIRO IDARRAGA ARREDONDO
Demandadas: AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.
Procedencia: JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No.158 DEL 01 DE AGOSTO DE 2022
Asunto: INEFICIACIA DEL TRASLADO RPMPD - RAIS

En Medellín, al primer (01) día del mes de agosto 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 05001-31-05-006-2019-00577-01 (O2-22-171), instaurado por **JHON JAIRO IDARRAGA ARREDONDO** contra la **AFP PORVENIR S.A.**, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES E.I.C.E.**, en punto a resolver el Recurso de Apelación impetrado por JHON JAIRO IDARRAGA ARREDONDO, contra la sentencia que selló la primera instancia, proferida el 13 de mayo de 2022 por el Juzgado Sexto 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

El señor JHON JAIRO IDARRAGA ARREDONDO, actuando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la AFP PORVENIR S.A., la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., a fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad de su traslado al RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A., su posterior traslado a la AFP

PROTECCIÓN S.A., se declare la validez y vigencia, sin solución de continuidad, de su afiliación al RPMPD, se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E. todos los aportes realizados, incluyendo los rendimientos financieros, se condene a COLPENSIONES E.I.C.E. reactivar su afiliación al RPMPD, y se condene en costas a las demandadas.

Como sustento fáctico de sus pretensiones expuso que nació el 15 de agosto de 1962, estuvo afiliado al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entre marzo de 1986 y mayo de 1987, laboró al servicio de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, entre septiembre de 1993 y noviembre de 1996, se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 18 de noviembre de 1996, con ocasión de la incertidumbre generada por los fondos privados respecto de la desaparición del ISS, y se trasladó a la AFP SANTANDER S.A., hoy AFP PROTECCIÓN S.A., el 19 de julio de 2007. Aseveró que tanto los asesores de la AFP PORVENIR S.A., como de la AFP PROTECCIÓN S.A., faltaron al deber de información, porque no le indicaron cómo se liquidaría su pensión en el fondo privado, y mucho menos le hicieron un comparativo con el RPMPD, ni recibió información completa, clara, oportuna y veraz, con relación a los derechos que perdería. Relató que el 26 de junio de 2019 le solicitó a la AFP PROTECCIÓN S.A. proyectar el monto de la pensión, petición que fue atendida el 18 de julio del mismo año, indicándole que a los 62 años se pensionaría con \$2.346.779, y que en el RPMPD habría causado una pensión de \$4.816.106, que el mismo 26 de junio de 2019 solicitó la ineficacia y/o nulidad del traslado al RAIS, petición que fue desestimada por COLPENSIONES E.I.C.E. el 27 de junio de 2019, y por la AFP PROTECCIÓN S.A. el 17 de julio de 2019, y que el 30 de agosto de 2019 radicó solicitud de traslado ante COLPENSIONES E.I.C.E., la cual fue desestimada en la misma fecha.

1.1. Trámite de Primera Instancia

La demanda se admitió el 16 de diciembre de 2019 (págs.154-156 doc.01, carp.01), y se notificó a COLPENSIONES E.I.C.E. el 29 de enero de 2020 (pág.156, doc.01, carp.01), a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, el 04 de febrero de 2020 (págs.157-158, doc.01, carp.01), a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 20 de febrero de 2020 (pág.172, doc.01, carp.01), y a la AFP PORVENIR S.A. el 08 de octubre de 2020 (pag.255, doc.01, carp.01).

COLPENSIONES E.I.C.E. presentó contestación el 17 de febrero de 2020 (págs.159-165, doc.01, carp.01), escrito en el que admitió que el señor JHON JAIR IDARRAGA ARREDONDO nació el 15 de agosto de 1962, estuvo afiliado al exánime INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entre marzo de 1986 y mayo de 1987, laboró al servicio de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, entre septiembre de 1993 y noviembre de 1996, le solicitó declarar la ineficacia de su traslado al RAIS el 26 de junio de 2019, petición que fue desestimada el 27 de junio del mismo año, y le

solicitó autorizar si traslado al RPMPD el 30 de agosto de 2019, pedimento que fue desestimado en la misma fecha. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, arguyendo que el actor se encuentra a diez años o menos de cumplir el requisito mínimo de la edad para pensionarse, que su traslado de régimen se efectuó bajo los parámetros de la legislación vigente, y que en caso de que se acojan las pretensiones de la demanda, debe ordenarse el traslado del capital de la cuenta de ahorro individual, así como lo aportado para el fondo de garantía de pensión mínima, las cuotas de administración, y la equivalencia del ahorro. Consecuentemente, propuso las excepciones de fondo que nominó imposibilidad de decretar la ineficacia del traslado, buena fe, e imposibilidad de condena en costas.

Por su parte, la AFP PROTECCIÓN S.A. radicó contestación el 03 de marzo de 2020 (págs.178-, 200, doc.01, carp.01), misma en la que admitió que el señor JHON JAIRO IDARRAGA ARREDONDO nació el 15 de agosto de 1962, que se afilió a la AFP SANTANDER S.A., hoy AFP PROTECCIÓN S.A., el 19 de julio de 2007, le solicitó proyectar el monto de la mesada pensional el 26 de junio de 2019, frente a lo cual, el 18 de julio del mismo año, le informó que en la RAIS accedería a una mesada de \$2.346.779, y en el RPMPD habría causado una pensión de \$4.816.106, y que el 26 de junio de 2019 el actor le solicitó declarar la ineficacia de su traslado al RAIS, petición que fue desestimada el 17 de julio de 2019.

Sostuvo que al momento de la solicitud de traslado al actor se le brindó una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, y que después de recibir una ilustración franca y transparente sobre ambos regímenes pensionales y las condiciones particulares de cada uno, el actor decidió afiliarse libre de todo error en forma consciente e informada; que los regímenes pensionales son diferentes y excluyentes entre sí y en ese sentido, no puede hablarse de ventajas o desventajas, ya que simplemente la favorabilidad de pertenecer a uno u otro depende de cada caso en particular y de las expectativas pensionales de cada afiliado, que para el momento de su vinculación no era posible prever con exactitud en que momento lograría acreditar el capital mínimo exigido para pensionarse en el RAIS y el monto de la misma. De consiguiente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, y propuso como excepciones de mérito las que designó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional.

Finalmente, la AFP PORVENIR S.A. presentó contestación el 23 de octubre de 2020 (doc.04, carp.01), escrito en el que admitió que el actor se afilió a la entidad en el año 1996. Expresó

que la afiliación del actor fue producto de una decisión libre, espontánea e informada, después de haber sido asesorada sobre las implicaciones de su decisión, del funcionamiento del RAIS, y de sus condiciones pensionales individuales, que le brindó información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y requisitos del RAIS, que también le mencionaron las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse en ambos regímenes, que no existe prueba siquiera sumaria que acredite vicio alguno en el consentimiento. Así las cosas, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, y propuso como excepciones de fondo las que rotuló prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y compensación.

1.2. Sentencia de Primera Instancia

La controversia planteada se dirimió en primera instancia el 13 de mayo de 2022 (docs.25-26, carp.01), por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia en la que se denegaron las pretensiones incoadas por el señor JHON JAIRO IDARRAGA ARREDONDO, se declararon implícitamente resueltas las excepciones impetradas, y no se impuso condena en costas a cargo de ninguno de los extremos procesales.

Para sustentar su decisión, la cognoscente de primer grado argumentó que no existe sustento legal para declarar la ineficacia del acto jurídico del traslado, cuando el mismo ha producido efectos jurídicos durante tantos años, y solo porque el afiliado hubiere podido acceder a una mesada mayor en el otro régimen, siendo que tampoco constituye fundamento legal atendible el hecho de que los fondos privados no hubieren brindado al afiliado información profesional sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional, pues en este caso lo que procede es la responsabilidad de resarcir los prejuicios causados, sin afectar los recursos del fondo público destinados únicamente a financiar las pensiones de sus afiliados.

1.3. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión antes descrita, el apoderado judicial de JHON JAIRO IDARRAGA ARREDONDO (minuto 01:29:55, doc.17, carp.01), interpuso el recurso de apelación, a fin de que se revoque íntegramente la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se acojan las pretensiones de la demanda, con fundamento en que los fondos privados demandados faltaron al deber de información comprensible, clara, veraz y oportuna que les asistía para la época del traslado, y porque los formularios de afiliación incorporados no son suficientes para demostrar el consentimiento informado, según el criterio reiterado por la jurisprudencia.

1.4. Trámite de Segunda Instancia

El recurso de apelación se admitió el 31 de mayo de 2022 (doc.02, carp.02), y mediante proveído del día 06 de junio de 2022 (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 09 de junio de 2019 (doc.04, carp.02), en procura de que se confirme la sentencia de primer grado, 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, a la vez de que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 solo prevé el reconocimiento de una multa administrativa, ya que la ineficacia solo se predica de los actos jurídicos celebrados por un capaz absoluto, y además cualquier irregularidad que se hubiere presentado se ratificó por el transcurso del tiempo. Itera que la demandante se trasladó de régimen de forma libre y voluntaria, y el formulario de afiliación da cuenta de la voluntad que tenía el 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 los gastos de administración descontados, fueron autorizados por el legislador para ambos regímenes.

EL apoderado judicial de COLPENSIONES E.I.C.E. alegó el 13 de junio de 2022 (doc.05, carp.02), con el objeto de que se confirme la sentencia de primera instancia, toda vez que a los fondos privados no puede imponérseles la obligación de contar con soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, puesto que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado entre regímenes, y el retorno inoportuno de quienes están afiliados al RAIS, afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

El vocero judicial del señor JHON JAIR IDARRAGA ARREDONDO, alegó el 15 de junio de 2022 (doc.06, carp.02), insistiendo en la solicitud de revocatoria de la decisión de primer grado, arguyendo que la ausencia de información clara, veraz y precisa por parte de los fondos al momento de traslado quedó demostrado al interior del proceso, que el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar la eficacia y validez del traslado, debido a que el mismo debe estar precedido de un consentimiento informado; que los fondos de pensiones son entidades que se enriquecen a costas de sus afiliados, y que el RPMPD podrá financiar el

reconocimiento de la pensión de vejez con los aportes trasladados del RAIS, sin afectar su sostenibilidad financiera.

Por su parte, el vocero judicial de la AFP PROTECCIÓN S.A., no presentó alegatos de conclusión.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por JHON JAIRO IDARRAGA ARREDONDO, 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.

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 JHON JAIRO IDARRAGA ARREDONDO al régimen de ahorro individual con solidaridad, deviene en ineficaz, efecto para el que habrá de establecerse si en el momento en que se surtió el traslado de régimen pensional, el fondo privado le garantizó al afiliado el derecho al consentimiento informado; en caso contrario, la Sala se ocupará de determinar cuáles son los efectos jurídicos que holísticamente devienen de la declaratoria de la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS.

2.2. Sentido del Fallo

La Sala revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado, siguiendo la tesis de que el fondo privado accionado no demostró haberle brindado, previo al traslado de régimen pensional, la asesoría cualificada y detallada que pregonaba el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, e irradiando sus efectos a otros movimientos internos dentro del RAIS, considerando todas las consecuencias jurídicas que conlleva la devolución de las cotizaciones, esto es, que el traslado debe comprender todas las cotizaciones, rendimientos financieros, las sumas descontadas para el fondo de garantía de pensión mínima, seguros previsionales y gastos o comisión de administración, debidamente indexados, de conformidad con los planteamientos que pasan a exponerse.

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 jurídica 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 de la Sala).

Previo a dirimir la controversia planteada, se advierte que no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos: que el señor JHON JAIRO IDARRAGA ARREDONDO nació el 15

de agosto de 1962 (pág.71, doc.01, carp.01), se afilió al otrora INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 11 de marzo de 1983 (págs.72-73, 213-214, doc.01, carp.01), se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 18 de noviembre de 1996 (pág.91, doc.01, carp.01; pag.63, doc.04, carp.01), y se trasladó a la AFP SANTANDER S.A., hoy AFP PROTECCIÓN S.A., el 19 de junio de 2007 (págs.92, 211, doc.01, carp.01). Tampoco se discute que el 26 de junio de 2019 el actor le solicitó a la AFP PROTECCIÓN S.A., primero, proyectar el monto al que ascendería la pensión de vejez (págs.93-96, doc.01, carp.01), la cual fue liquidada el 18 de julio de 2019 por valor de \$2.346.799 en el RAIS y \$6.844.210 en el RPMPD (págs.97-100, doc.01, carp.01), y segundo, declarar la ineficacia de su afiliación al RAIS (págs.101-105, doc.01, carp.01), solicitud que fue desestimada el 17 de julio de 2019 (págs.106-108, doc.01, carp.01), ni que el 12 de agosto de 2014 la AFP PROTECCIÓN S.A. intentó brindarle una re-asesoría pensional al actor, vía telefónica y por correo electrónico (pág.109, doc.01, carp.01). En igual sentido, no se controvierte que el mismo 26 de junio de 2019 le petitionó a COLPENSIONES E.I.C.E., en primer lugar, proyectarle el monto al que ascendería su pensión en el RPMPD (págs.110-113, doc.01, carp.01) y, en segundo lugar, declarar la ineficacia de su afiliación al RAIS (págs.116-120, doc.01, carp.01), peticiones que fueron desestimadas el 27 de junio de 2019 (págs.114-115, 121-123, doc.01, carp.01), ni que el 30 de agosto de 2019, la entidad declaró improcedente el traslado de régimen pensional, porque el demandante se encontraba a diez años o menos de cumplir el requisito de tiempo para pensionarse (pág.124, doc.01, carp.01). En último término, no se discute que el actor actualmente cuenta con 59 años de edad (pág.71, doc.01, carp.01), 1.414,44 semanas cotizadas (págs.228-243, doc.07, carp.01), y \$387.206.816 acumulados en la cuenta de ahorro individual, de los cuales \$96.621.939 son aportes, y \$219.505.43 son rendimientos (págs.215-227, doc.01, 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 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 de dicho 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 del afiliado 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 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 de la Sala)

Ahora bien, conviene precisar que para la fecha en que el señor JHON JAIRO IDARRAGA ARREDONDO se trasladó de régimen pensional, 18 de noviembre de 1996 (pág.91, doc.01,

carp.01; pag.63, doc.04, carp.01), 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 (pag.63, doc.04, 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., 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 extraordinarios 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 acompañe con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

De igual forma se advierte que, aunque en el interrogatorio de parte rendido por el señor JHON JAIRO IDARRAGA ARREDONDO (desde el minuto 20:50, doc.19, carp.01), este admitió que había suscrito los formularios de afiliación incorporados al plenario, 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 PORVENIR S.A., máxime si se tiene en cuenta que, por el contrario, el demandante manifestó que la charla que sostuvo con la asesora de la AFP PORVENIR S.A. solo tuvo una duración de tres minutos, y en la misma se le indicó que se podría jubilar anticipadamente y que el monto de la pensión, como mínimo, sería igual a la que venía reconociendo el ISS, pero no le dio ninguna información adicional, como por ejemplo, cómo se liquidaba la pensión, o si podía hacer un ahorro adicional, o la densidad de semanas que requería para pensionarse en cualquiera de los dos regímenes, que se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. porque no soportaba la presión de la asesora de la entidad, quien la estuvo llamando y visitando seguidamente, hasta que se perfeccionó el traslado.

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 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 afiliado, 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 actor en un tema de tan especial y de alta complejidad, ni las referencias a que el afiliado 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 revocarse la decisión de instancia, para en su lugar, declarar la ineficacia de la afiliación del señor JHON JAIRO IDARRAGA ARREDONDO a la AFP PORVENIR S.A. y, por consiguiente, sin solución de continuidad deberá retornar al RPMPD, allende de que los efectos de la ineficacia del traslado declarada, deberán cobijar su posterior afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A.

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 frente al acto jurídico del que se declarará la ineficacia, por la potísima razón de que administra el RPMPD, al que se encontraba afiliado el señor JHON JAIRO IDARRAGA ARREDONDO 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 el 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 el 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 favorecidas 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 de las cotizaciones o el fortalecimiento financiero de un fondo de garantía, aquellos nunca se hubieran presentado, 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 JHON JAIRÓ IDARRAGA ARREDONDO, 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 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.

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 mero reconocimiento de los efectos de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda de las sumas descontadas de las cotizaciones por concepto de cuotas de administración, primas del seguro previsional, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, prohiéndose el criterio jurisprudencial expuesto en la reciente Sentencia SL950-2022 del 02/03/2022, emitida por la H. Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

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

Así las cosas, se ordenará a la AFP PROTECCIÓN S.A., que traslade al RPMPD todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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; en el mismo sentido, se ordenará a la AFP PORVENIR S.A., que con cargo a su propio patrimonio traslade a COLPENSIONES E.I.C.E. debidamente indexados, las comisiones de administración, las primas del seguro previsional, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, que descontó de las cotizaciones efectuadas por el actor durante su periodo de afiliación.

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 y conformación de su capital de financiación, 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 revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar, declarar la ineficacia de la afiliación del señor JHON JAIRO IDARRAGA ARREDONDO a la AFP PORVENIR S.A. y, por consiguiente, sin solución de continuidad deberá retornar al RPMPD, allende de que los efectos de la ineficacia del traslado declarada, deberán cobijar su posterior afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A.; ordenará a la AFP PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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, descuentos que deberá asumir con cargo a su propio patrimonio y trasladar debidamente indexados.

3. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 365 del CGP, y advirtiendo que la sentencia de segunda instancia revocará integralmente la a quo; la parte vencida en el juicio,

esto es, las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., serán condenadas a pagar las costas de ambas instancias, 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 para la segunda instancia, a favor de JHON JAIRO IDARRAGA ARREDONDO, la suma de \$1.000.000, que corresponden a un (1) SMMLV, como límite mínimo permitido, a cargo de cada uno de los fondos privados; las agencias en derecho de la primera instancia deberán ser tasadas por la cognoscente de instancia.

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: REVOCAR íntegramente la sentencia proferida el 13 de mayo de 2022, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por JHON JAIRO IDARRAGA ARREDONDO en contra de la AFP PORVENIR S.A., la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., y en su lugar:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor JHON JAIRO IDARRAGA ARREDONDO a la AFP PORVENIR S.A., y disponer su consecuente retorno al RPMPD, efectos que cobijarán su posterior traslado a la AFP PROTECCIÓN S.A., por habersele vulnerado al demandante, el derecho a la libre selección de régimen y no garantizársele el consentimiento informado.

SEGUNDO: DECLARAR que la afiliación del señor JHON JAIRO IDARRAGA ARREDONDO al RPMPD, administrado por COLPENSIONES E.I.C.E., no ha tenido solución de continuidad en el tiempo en el que ha estado vinculado al Sistema General de Pensiones.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., otrora AFP SANTANDER S.A., y a la AFP PORVENIR S.A., si aún no lo ha hecho, 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 del actor, y que obren en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo de afiliación a cada una de estas, tales como cotizaciones y los rendimientos financieros, al igual que lo descontado sobre los aportes efectuados, por concepto de cuotas de administración, primas del seguro previsional, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, junto con todos los frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado, tal y como lo dispone el artículo 1746 del CC, descuentos que deberá asumir con cargo a su propio patrimonio, y que deberá trasladar debidamente indexados.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES E.I.C.E. recibir las sumas de dinero que las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. le devuelva, como resultado de la ineficacia

decretada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado por el señor JHON JAIRO IDARRAGA ARREDONDO en el RAIS, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral.

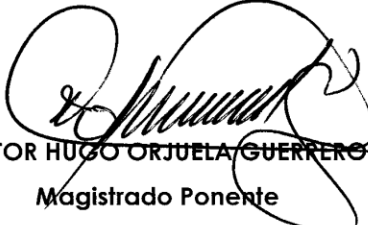
SEXTO: CONDENAR en costas a la AFP PORVENIR S.A. y a la AFP PROTECCIÓN S.A."

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, que corresponden a un (1) SMLMV, a cargo de cada uno de los fondos privados y a favor de la parte demandante. Las de primera instancia, tásense.

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