



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-019-2020-00056-01 (O2-22-177)
Demandante: MARÍA DEL PILAR RESTREPO MESA
Demandadas: AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.
Procedencia: JUZGADO DIECINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No.159 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 05001-31-05-019-2020-00056-01 (O2-22-177), instaurado por **MARÍA DEL PILAR RESTREPO MESA** contra la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES E.I.C.E.**, en punto a resolver los Recursos de Apelación impetrados por la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública accionada, respecto de la sentencia que selló la primera instancia, proferida el 25 de mayo de 2022 por el Juzgado Diecinueve 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 MARÍA DEL PILAR RESTREPO MESA, actuando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., a fin de que se declare la ineficacia o deje sin efecto jurídico el traslado de régimen

pensional al RAIS, se ordene su regreso automático al RPMPD, se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A. la devolución inmediata de todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, en la forma prevista en el artículo 1746 del CC, se ordene a COLPENSIONES E.I.C.E. reactivar su afiliación al RPMPD, y se condene en costas a las demandadas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones expuso que nació el 05 de junio de 1967, se afilió a exánime INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en el año 1992, cotizando 234,57 semanas, se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A en agosto de 1997, actualmente labora al servicio de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, y ha cotizado 1.264,14 semanas para pensiones. Anotó que en la asesoría que recibió previo al cambio de régimen pensional le aseguraron que el ISS estaba en quiebra y su futuro pensional estaba en riesgo, y que en el fondo privado se podría pensionar de forma anticipada, sin explicarle los requisitos para que ello sucediera; que no le informaron cuáles eran los aspectos que se tenían en cuenta para liquidar o establecer el monto de la pensión en uno u otro régimen, o cuáles eran las características de las modalidades pensionales en el RAIS, ni cómo influían en el monto de la mesada, o la forma en la que se capitalizaba los aportes ahorrados, y nunca le proyectaron el valor de la mesada en ambos regímenes. Indicó que en respuesta de la petición incoada en noviembre de 2019, la AFP PROTECCIÓN S.A. le proyectó que en el RPMPD habría podido causar una mesada pensional de \$8.320.103, mientras que en el RAIS solo podría aspirar a una pensión de \$2.632.077, y que en enero de 2019 solicitó trasladarse al RPMPD, pero su petición fue desestimada porque había superado el término de Ley para trasladarse de régimen.

1.1. Trámite de Primera Instancia

La demanda se admitió el 10 de febrero de 2020 (págs.60-61, doc.01, carp.01), y se notificó a la Procuradora Judicial para los Asuntos del Trabajo y de la Seguridad Social, el 18 de febrero de 2020 (págs.65-66, doc.01, carp.01), a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado el 19 de febrero de 2020 (págs.66-67, doc.01, carp.01), a COLPENSIONES E.I.C.E. el 19 de febrero de 2020 (págs.68-69, doc.01, carp.01), y a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 15 de septiembre de 2020 (pág.124, doc.01, carp.01).

COLPENSIONES E.I.C.E., presentó contestación el 02 de marzo de 2020 (págs.71-79, 96-106 doc.01, carp.01), misma en la que admitió que la señora MARÍA DEL PILAR RESTREPO MESA nació el 05 de junio de 1967, se afilió a extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en el año 1992, cotizando 234,57 semanas, luego se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A en agosto de 1997, y actualmente labora al servicio de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN, ha cotizado más de 1.264,14 semanas para pensión, y en enero de 2020 le solicitó a la AFP en mención retornar al RPMPD, petición que fue desestimada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones por

carecer de fundamento fáctico, legal y probatoria, arguyendo que a la actora le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima para pensionarse, y porque el traslado de régimen pensional de la actora no solo fue válido, sino que produjo plenos efectos jurídicos. Consecuentemente, propuso las excepciones de mérito que denominó falta de causa para demandar, buena fe, imposibilidad de decretar la ineficacia del traslado, improcedencia de la declaratoria de la invalidez del traslado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, imposibilidad de condena en costas, equilibrio financiero del sistema, prescripción y compensación.

Por su parte, la AFP PROTECCIÓN S.A. radicó escrito de contestación el 20 de agosto de 2020 (doc.03, carp.01), en el que admitió que la señora MARÍA DEL PILAR RESTREPO MESA nació el 05 de junio de 1967, se afilió a la entidad el 01 de agosto de 1997, y le solicitó proyectar el monto de la pensión, el cual fue liquidado en \$8.320.103 para el RPMPD, y en \$2.632.077 para el RAIS. Sostuvo que le brindó a la actora información clara, correcta, adecuada, suficiente objetiva y transparente sobre las características del RAIS, sus diferencias con el RPMPD, y las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, tomando libremente la decisión de trasladarse, sin presión ni fuerza, tal y como quedó demostrado con la firma del formulario de afiliación; y que durante todo el tiempo que ha estado afiliada a Protección S.A se han generado rendimientos por valor de \$242.345.775, lo que denota la buena gestión de administración. De consiguiente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y de fondo excepcionó la 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 las primas del seguro previsional.

1.2. Sentencia de Primera Instancia

La controversia planteada se dirimió en primera instancia el 25 de mayo de 2022 (docs.08-09, carp.01), por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, sentencia en la que se declaró la ineficacia de la afiliación de la señora MARÍA DEL PILAR RESTREPO MESA al RAIS; se ordenó a COLPENSIONES E.I.C.E. aceptar el retorno de la demandante al RPMPD; se ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladar los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones obligatorias, rendimientos, gastos de administración y comisiones, sin incluir los valores destinados a pago de los seguros previsionales; y se gravó en costas a las AFP PROTECCIÓN S.A. en favor de la demandante.

Para sustentar su decisión, el cognoscente de primer grado argumentó que la AFP PROTECCIÓN S.A. tenía la obligación de brindarle a la actora información suficiente, clara y

veraz, sobre las diferencias 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 las primas para sufragar los seguros previsionales fueron trasladados a terceros de buena fe, los cuales no pueden resultar perjudicados con los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en el que no tuvieron ninguna participación.

1.3. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión antes descrita, el apoderado judicial de la AFP PROTECCIÓN S.A. (minuto 02:10:00, doc.09, carp.01), interpuso el recurso de apelación a propósito de que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, en cuanto a la condena que le fuera impuesta a su representada de trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E. las cuotas de administración y las primas del seguro previsional, con fundamento en que dichos descuentos se efectuaron por autorización legal, se aplican en ambos regímenes, sirvieron de base para la generación de los rendimientos que también serán objeto de traslado, y son objeto de prescripción por cuanto no están destinadas a financiar la pensión de vejez.

Adicionalmente, la vocera judicial de COLPENSIONES E.I.C.E. (minuto 02:12:40, doc.12, doc.09, carp.01), impetró apelación, en orden a que se revoque parcialmente la sentencia, y en su lugar, se ordene el traslado de todas las sumas descontadas de las cotizaciones de la actora.

1.4. Grado Jurisdiccional de Consulta

Teniendo en cuenta que la decisión adoptada en primera instancia, fue adversa a los intereses COLPENSIONES E.I.C.E., la sentencia será examinada bajo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la antedicha entidad, en los aspectos que no fueron objeto de apelación.

1.5. Trámite de Segunda Instancia

Los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se admitieron el 31 de mayo de 2022 (doc.02, carp.02), y mediante proveído del 06 de junio del mismo 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 vocero judicial de COLPENSIONES E.I.C.E. alegó el 09 de junio de 2022 (doc.04, carp.01), con el argumento de que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras

obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen; que permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no solo al concepto constitucional de equidad, sino también al principio de eficiencia pensional, y que no es procedente imponer cargas económicas adicionales a la entidad, más cuando su actuar siempre se ha regido por el principio legal y constitucional de la buena fe, y entre sus funciones no se encuentra retener a sus afiliados.

Finalmente, se advierte que los poderhabientes judiciales de MARÍA DEL PILAR RESTREPO MESA 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 las AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., advirtiéndose que con observancia al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CPTSS, el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de la alzada; a la par de surtirse la revisión de la sentencia bajo el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES E.I.C.E., en los aspectos que no fueron objeto de apelación.

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 MARÍA DEL PILAR RESTREPO MESA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN 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 contrario, la Sala se ocupará de determinar cuáles son los efectos jurídicos que devienen de la declaratoria de la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS.

2.2. Sentido del Fallo

La Sala confirmará la sentencia de primer grado, en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la señora MARÍA DEL PILAR RESTREPO MESA, por no haberse acreditado que la AFP PROTECCIÓN S.A., le hubiere brindado información completa oportuna, clara y veraz sobre los efectos adversos le que acarrearía el acto jurídico del traslado de régimen pensional; la modificará en el sentido de indicar que, además de

trasladar los aportes, los rendimientos financieros, y lo descontado por cuotas de administración, la AFP PROTECCIÓN también deberá trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., con cargo a su propio patrimonio, lo descontado por primas del seguro previsional y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima; y la adicionar en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade debidamente indexados los rubros que fueron descontados de la cotización, pues los mismos no se capitalizaron.

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 la señora MARÍA DEL PILAR RESTREPO MESA nació el 05 de junio de 1967 (págs.18-20, doc.01, carp.01), se afilió al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 04 de diciembre de 1979 (págs.01-04, doc.02; págs.51-52, doc.07), se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 01 de agosto de 1997 (pág.42, doc.01, carp.01; págs.105, doc.03, carp.01). Tampoco se discute que el 05 de febrero de 2014 la AFP PROTECCIÓN S.A. le brindó una re-asesoría pensional a la actora (págs.55-56, doc.03, carp.01; págs.86-87, doc.07, carp.01; y que el 22 de noviembre de 2019, previa solicitud radicada el día 05 del mismo mes y año (págs.43-44, doc.01, carp.01) le proyectó que a los 62 años podría acceder a una mesada pensional de \$2.632.077 en le RAIS, mientras que en el RPMPD habría podido causar una mesada de \$8.320.103 (págs.21-24, doc.01, carp.01; págs.83-86, doc.01, carp.01). En último término, no se discute que el 03 de enero de 2020, COLPENSIONES E.I.C.E. desestimó la solicitud de traslado incoada por la actora, porque se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse (pág.45, doc.01, carp.01), que actualmente la actora labora al servicio de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN (pág.46, doc.01, carp.01), y que cuenta con 55 años de edad (págs.18-20, doc.01, carp.01), 1.300 semanas cotizadas (págs.44-61, doc.03, carp.01), y \$462.810.537 acumulados en la cuenta de ahorro individual, de los cuales \$220.465.367 son aportes, y \$242.345.776 son rendimientos (págs.62-82, doc.03, 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); consiguientemente, 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 del mentado 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; (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. (Subrayas de la Sala)

Ahora bien, conviene precisar que para la fecha en que la señora MARÍA DEL PILAR RESTREPO MESA se trasladó de régimen pensional, el 01 de agosto de 1997 (pág.42, doc.01, carp.01; pág.105, doc.03, carp.01), la AFP PROTECCIÓN S.A., tenía la obligación de brindarle información detallada sobre los efectos del traslado de manera holística, 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 palabras de la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia consiste en “... ilustrar a sus potenciales afiliadas, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas. (...) suministrar (...) una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. (...) proporcionar (...) una ilustración acerca de las condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, lo que incluye la existencia de una transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales” (SL-1217 del 03-03-2021, radicado 85054 – Subraya de la Sala), de lo cual, únicamente se adosó el formulario de afiliación (pág.105, doc.03, carp.01), documental que no refleja de manera alguna que a la promotora del juicio se le hubiere prestado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP PROTECCIÓN S.A., hubiere cumplido con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, en tanto no basta explicar los beneficios de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron materia de análisis previo, o cuando menos, al momento de efectuarse la afiliación y traslado al régimen pensional.

En este punto, estima pertinente la Sala acotar que el hecho de que la AFP PROTECCIÓN S.A. no cuente con ningún soporte documental sobre la asesoría brindada al afiliada, previo a efectuarse el traslado de régimen pensional, y afirme que la información solo le fue brindada de manera verbal, deja entrever una clara contravención de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegar un formato pre-impreso de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que la Superintendencia Financiera de Colombia indica deben reunirse, sino que se requiere acreditar la efectiva asesoría integral brindada en la antesala del traslado de régimen, ilustrando al interesado sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, con la observación de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima debían efectuarse aportes voluntarios superiores a las deducciones de ley por cotizaciones; que para causar la pensión de vejez se debe contar con una suma dineraria mínima en la cuenta de ahorro individual; que la existencia de eventuales beneficiarios por sobrevivencia incrementan dicha suma mínima requerida, entre otras particularidades, en razón a que la asesoría no solo debe estar encaminada a persuadir a la afiliada con llamativos rendimientos financieros o la posibilidad de acceder a la pensión sin importar la edad, sino que debe atender también a que la afiliada pueda lograr la prestación económica que mejor se acompase con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

De igual forma se advierte que, aunque en el interrogatorio de parte rendido por la señora MARÍA DEL PILAR RESTREPO MESA (desde el minuto 27:30, doc.09, carp.01), esta admitió que había suscrito el formulario de afiliación, no puede soslayar la Sala que el deber de información solo se satisface con la evidencia de que la decisión de la afiliada haya sido libre e informada, lo que no se logra acreditar por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., máxime si se tiene en cuenta que, por el contrario, la demandante manifestó que previo al acto de afiliación y traslado al RAIS, no le explicaron cuáles eran los elementos que se tenían en cuenta para liquidar el monto de la pensión de vejez en uno u otro régimen, ni los beneficios que perdería por trasladarse de régimen, que la asesoría brindada fue muy superficial, rápida y generalizada para todos los trabajadores de la entidad, que la razón que la llevó a trasladarse, fue la noticia que se tenía de la liquidación del ISS, y que en la visita que recibió por parte de la entidad ad portas de cumplir los 47 años, aunque le dijeron que podía retornar a COLPENSIONES E.I.C.E., le advirtieron que como estaba laboralmente vinculada en un cargo de libre nombramiento y remoción no le convenía trasladarse al régimen público sin que le dieran ninguna explicación de fondo, ni le hicieron ningún tipo de cálculo o liquidación.

También es del caso resaltar que la AFP PROTECCIÓN S.A. no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el asesor que atendió a la accionante en el momento en el que se produjo el traslado de régimen pensional, cumpliera con su deber legal de suministrar información clara, completa y comprensible al potencial afiliada, quebrantándose así lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994. A *contrario sensu*, la falta de soporte documental de que trata el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, permite inferir que el traslado de régimen pensional no se ciñó a los parámetros legales y jurisprudenciales, sin que resulten relevantes las manifestaciones ambiguas y generales realizadas por el extremo activo en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las argumentaciones referidas al nivel académico de la accionante en un tema de tan especial y de alta complejidad, ni las referencias a que la afiliada no realizó indagaciones de su situación pensional por su cuenta, en tanto el deber de brindar tal información corresponde *ope legis* a la administradora de fondos de pensiones, y no al afiliada.

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 anteriormente expuesto, habrá de impartirse confirmación a la decisión de instancia, en lo que respecta a la declaratoria de la ineficacia.

2.3.2. Los efectos de la ineficacia de la selección de régimen

En lo que concierne a los efectos que devienen de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS, es menester indicar que tal devolución debe ceñirse a los términos previstos en el artículo 1746 del CC, en consonancia a lo pregonado por el máximo tribunal de esta jurisdicción (CSJ SL del 09-09-2008, radicado 31898, SL-4989 del 14-11-2018, radicado 47125, y SL-1429 del 09-04-2019, radicado 68202), a la vez de que COLPENSIONES E.I.C.E. tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que exista alguna circunstancia impediende 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 administrar el RPMPD, al que se encontraba afiliada la señora MARÍA DEL PILAR RETSREPO MESA 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 recapitular 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 los fondos privados de pensiones accionados devuelvan todas las cotizaciones que hubiere recibido, incluyendo lo correspondiente al porcentaje que por gastos o comisión de administración haya descontado de las cotizaciones, así como también lo descontado para cubrir los aportes al fondo de garantía de pensión mínima (artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, Sentencia SU-062 de 2010) y los gastos de la aseguradora (primas previsionales), pues carecería de sentido y objeto la declaratoria de ineficacia por la falta de la información exigida, de no trasladarse de manera íntegra las cotizaciones efectuadas, viéndose favorecida la AFP PROTECCIÓN S.A. sin razón financiera atendible, pues a pesar de que tales descuentos tuvieron un fundamento legal y sirvieron en su momento a un propósito previamente establecido como lo es el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, la administración financiera de las cotizaciones o el fortalecimiento financiero de un fondo de garantía, aquellos nunca se hubieran 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 la AFP PROTECCIÓN S.A. hubiere recibido con ocasión de la afiliación de la señora MARÍA DEL PILAR RESTREPO MESA, a propósito de que engrosen el fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES E.I.C.E., en virtud de las previsiones contenidas en el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, de modo que, se garantice no solo la sostenibilidad financiera del sistema, sino también la plena realización del principio de solidaridad de que trata el artículo 2 ibídem; por demás, no hay lugar a reconocer restituciones mutuas, pues como se predica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia antes referenciada (SL-2877 del 29-07-2020, radicado 78667), se deben devolver todos los rubros descontados de las cotizaciones, y si bien no pasa por alto esta Sala la existencia de un pronunciamiento de la Superintendencia Financiera en contrario, es preciso indicar que el mismo se refiere a los traslados a instancia de la afiliada y no como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, y que en últimas, tal acto no es de obligatorio acatamiento para los operadores judiciales, allende que, la Sala se aviene a la línea jurisprudencial que en derredor del tema ha venido desarrollando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como quedó dicho *in extenso* en líneas anteriores.

En lo que concierne a la indexación de las partidas descontadas de la cotización y sujetas a traslado, cumple señalar que aunque la actualización monetaria fue objeto de impetración con la demanda, vale decir, materia de debate en el presente proceso, debe procederse a su reconocimiento, en tanto que la misma connota el reconocimiento del efecto de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda de las sumas descontadas de las cotizaciones por concepto de cuotas de administración, primas del seguro previsional, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, prohijándose el criterio jurisprudencial expuesto en la reciente Sentencia SL950-2022 del 02/03/2022, emitida por la H. Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Sobre este particular, conviene apuntalar que la actualización monetaria debe ordenarse, incluso de manera oficiosa, siguiendo el criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia SL-950-2022 ya 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 modificará el fallo de primera instancia, en el sentido de ordenar el traslado, no solo de los aportes, los rendimientos financieros, y las cuotas de administración, sino también, de lo descontado por concepto de primas del seguro previsional y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del CC; y se adicionará en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade debidamente indexados los rubros que fueron descontados de la cotización, siendo que los mismos no se capitalizaron.

2.3.3. La excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, se memora que *"... a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria"* (SL-1465 del 21-04-2021, radicado 87050), a más de que esta Sala ha sido del iterativo criterio que en esta clase de procesos, la consecuencia jurídica inmediata de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen impone el traslado de las aportaciones de manera íntegra, y al tratarse

de un asunto íntimamente ligado con la materialización del derecho a la pensión de vejez, de naturaleza imprescriptible, unívoco tratamiento ha de reconocérsele, como así lo decantó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia SL-361 del 13-02-2019, radicado 63615.

Colofón de lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primer grado en cuanto, con acierto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la señora MARÍA DEL PILAR RESTREPO MESA, 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; la modificará en el sentido de ordenar el traslado, no solo de los aportes, los rendimientos financieros y las cuotas de administración, sino también, de lo descontado por concepto de primas del seguro previsional, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima; y la adicionará en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade debidamente indexados los rubros que fueron descontados de la cotización, siendo que los mismos no se capitalizaron.

3. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del CGP, las costas de la segunda instancia estarán a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A., por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación propuesto, y con arreglo a lo previsto en el Acuerdo PSAA 16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan como agencias en derecho, a favor de MARÍA DEL PILAR RESTREPO MESA, la suma de \$1.000.000, que corresponde a un (1) SMMLV, sienta el límite mínimo. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E., puesto que el recurso de apelación impetrado tuvo prosperidad, y que la sentencia se analizó integralmente a su favor, en virtud al grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN, Sala Quinta de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

4. RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 25 de mayo de 2022, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por MARÍA DEL PILAR RESTREPO MESA en contra de la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., el cual quedará del siguiente tenor literal:

"TERCERO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, y que obren en su cuenta de ahorro individual, tales como las cotizaciones y los rendimientos financieros, así como lo descontado sobre los aportes efectuados, por concepto de cuotas de administración, primas del seguro previsional, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, junto con todos los frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado, tal y como lo dispone el artículo 1746 del CC, descuentos que deberá asumir con cargo a su propio patrimonio, y 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 PROTECCIÓN S.A. fijándose como agencias en derecho, en favor de MARÍA DEL PILAR RESTREPO MESA, 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