



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-006-2018-00431-01 (O2-22-176)
Demandante: MARÍA VICTORIA PÉREZ VARGAS
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.160 DEL 08 DE AGOSTO DE 2022
Asunto: INEFICIACIA DEL TRASLADO RPMPD - RAIS

En Medellín, a los ocho (08) días 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 05001-31-05-006-2018-00431-01 (O2-22-176), instaurado por **MARÍA VICTORIA PÉREZ VARGAS** 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 MARÍA VICTORIA PÉREZ VARGAS, respecto de 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

La señora MARÍA VICTORIA PÉREZ VARGAS, actuando por intermedio de apoderada judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra de las AFP PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., a fin de que declare la nulidad de la afiliación a PROTECCIÓN S.A., que condujo al traslado de régimen pensional, se declare que está válidamente afiliada a

COLPENSIONES, sin solución de continuidad; consecuentemente se orden a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que efectuó al régimen de ahorro individual, incluidos los rendimientos y sin efectuar descuentos, que se ordene a COLPENSIONES, reactivarla en el régimen de prima media con prestación definida, se condene a las demandadas en costas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones expuso que nació el 22 de septiembre de 1965, que cotizó al ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 01 de julio de 1988 hasta el 30 de junio de 1995, fecha esta última en la que se trasladó a PROTECCION S.A. Aduce que para el momento del traslado no recibió la suficiente información, relativa a los riesgos y beneficios que tenía por pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que el 31 de octubre de 2002 se trasladó a PORVENIR S.A. y el 31 de octubre de 2004 a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.; indica que para ese entonces contaba con 44 años de edad y el fondo privado PORVENIR S.A., omitió su obligación de brindarle la re-asesoría previo a que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad mínima para tener derecho a la pensión, que el 38 de octubre de 2018 presentó solicitud ante COLPENSIONES para que se aceptara su traslado de régimen, negándose la solicitud ese mismo día y que su mesada pensional en PORVENIR S.A., sería de \$781.242, mientras que en COLPENSIONES sería de \$2.024.900.

1.1. Trámite de Primera Instancia

La demanda se admitió el 23 de octubre de 2018 (carp.01, doc. 02, pág. 122 a 123), ordenándose pro demás la notificación a las demandadas.

COLPENSIONES E.I.C.E. presentó contestación el 23 de noviembre de 2018 (carp.01, doc. 02, pág. 133 a 140), escrito en el que se opuso a la totalidad de las pretensiones aduciendo que PROTECCIÓN S.A., no incumplió con ninguna obligación legal, en tanto la afiliación a dicha entidad fue realizada de forma correcta, sin que existieran vicios del consentimiento; así mismo propuso como medios exceptivos de fondos los que denominó: Inexistencia de la ineficacia del traslado al RAIS, saneamiento de la nulidad relativa alegada por la parte demandante, prescripción, imposibilidad de condena en costas y buena fe de COLPENSIONES.

Por su parte, la AFP PORVENIR S.A. presentó contestación el 12 de agosto de 2019 (carp.01, doc. 02, pág. 217 a 249), escrito en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda aduciendo que la demandante se trasladó de manera valida primero a PROTECCIÓN S.A., y luego a PORVENIR S.A., en tanto suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. En su defensa, postuló como excepciones de fondo las que rotuló

como: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, aprovechamiento indebido de recursos públicos y del sistema general de pensiones y compensación.

Finalmente, la AFP PROTECCIÓN S.A. radicó contestación el 20 de octubre de 2020 (carp.01, doc. 04), misma en la que presentó oposición a las pretensiones de la demandada, sosteniendo que el acto de traslado suscrito por la demandante es existente, pues esta firmó el formulario de afiliación de manera libre y espontánea, sin presiones o engaños. De consiguiente, incoó como excepciones de mérito las de 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.

1.2. Sentencia de Primera Instancia

La controversia planteada se dirimió en primera instancia el 13 de mayo de 2022 (carp.01, docs.20 y 21), por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, sentencia en la que se denegaron las pretensiones incoadas por la señora MARÍA VICTORIA PÉREZ VARGAS, 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, solo porque el afiliado hubiere podido acceder a una mesada pensional de mayor cuantía en el otro régimen pensional, y porque 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, la apoderada judicial de MARÍA VICTORIA PÉREZ VARGAS (minuto 01:03:50, carp.01, doc. 20), interpuso el recurso de apelación, a fin de que se revoque íntegramente la sentencia de primera instancia, aplicándose la jurisprudencia de la

Corte Suprema de Justicia, asentando que le corresponde a las AFP probar que cumplieron con el deber de información, no obstante, esto no fue probado dentro del proceso; resalta que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que desde el nacimiento de los Fondos Privados, surge su obligación y responsabilidad profesional de buen consejo, debiendo suministrar a los usuarios la información necesaria para que tomen una decisión debidamente informada, precisando que una disminución ostensible de los ingresos pensionales es una causal suficiente para declarar la ineficacia del traslado, en tanto afecta la calidad de vida del trabajador beneficiario de la seguridad social.

1.4. Trámite de Segunda Instancia

El recurso de apelación se admitió el 31 de mayo de 2022 (carp.02, doc.02), y mediante proveído del día 06 de junio de 2022 (carp.02, doc.03), se corrió traslado a las partes para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, presentaran, si a bien lo tuvieran, los alegatos de conclusión por escrito.

EL apoderado judicial de COLPENSIONES E.I.C.E. alegó el 17 de junio de 2022 (carp.02, doc.04), con el objeto de que se confirme la sentencia de primera instancia, por cuanto las entidades de seguridad social se sujetan a la responsabilidad de los contratos de aseguramiento, aduciendo que la responsabilidad de las AFP frente a las nulidades y/o ineficacias de un traslado es reparar el daño individual, sino también los daños indirectos ocasionados, solicitando por tanto que en caso de revocarse la sentencia y conceder las pretensiones de la demandante, se ordene a la AFP PROTECCIÓN Y AFP PORVENIR S.A., trasladarle la totalidad de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses, cuotas de administración, aportes de garantía de pensión mínima, aportes destinados al pago de la prima de reaseguros de Fogafin, seguros de invalidez y sobrevivencia y cualquier otro concepto que considere el despacho.

El poderhabiente judicial de la AFP PORVENIR S.A. alegó el 22 de junio de 2022 (carp.02, doc. 05), en procura de que se confirme la sentencia de primer grado, por cuanto la demandante no logró demostrar ningún vicio del consentimiento o que se hubiere coartado el derecho a la libre escogencia de régimen pensional, pues la demandante indicó que recibió asesoría tanto de PORVENIR S.A., como de PROTECCIÓN S.A., solicitando por demás que si se declara la ineficacia del traslado se abstenga de condenarla a trasladar los conceptos de cuotas de cuotas de administración y seguros previsionales.

Finalmente, se advierte que la vocera judicial de la litigiosa por activa, ni el vocero judicial de la AFP PROTECCIÓN S.A., presentaron alegatos de conclusión.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

Surcado 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 MARÍA VICTORIA PÉREZ VARGAS, 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 de la señora MARÍA VICTORIA PÉREZ VARGAS 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 negativo, la Sala se ocupará de determinar cuáles son todos los efectos jurídicos que devienen de la declaratoria de la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS.

2.2. Sentido del Fallo

La Sala revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado, siguiendo la tesis de que los fondos privados accionados no demostraron haberle brindado la asesoría cualificada y detallada que pregona el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, considerando todas las consecuencias jurídicas que conlleva la devolución de las cotizaciones, esto es, su retorno automático al RPMPD sin solución de continuidad, que el traslado debe comprender 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 MARÍA VICTORIA PÉREZ VARGAS nació el 22 de septiembre de 1965 (carp.01, doc. 02, pág. 75), se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A el 30 de junio de 1995 (carp.01, doc. 02, pág. 85), que se trasladó a la AFP SANTANDER, hoy AFP PORVENIR S.A., el 05 de julio de 2000 (carp.01, doc. 02, pág. 86) y a la AFP PORVENIR S.A., el 31 de octubre de 2002 (carp.01, doc. 02, pág. 102). Tampoco se discute que solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional y el mismo le fue negado el 28 de febrero de 2018 (carp.01, doc. 02, pág. 113 a 115).

2.3.1. La ineficacia de la afiliación y la libertad de la selección de régimen

El Sistema General de Seguridad Social fue diseñado como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, para que la ciudadanía pueda gozar de una calidad de vida digna, mediante la cobertura integral de las contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica (preámbulo de la Ley 100 de 1993); de forma subsecuente, el Sistema General de Pensiones fue diseñado para garantizar el amparo ante las contingencias de vejez, invalidez y muerte, y en aras de dar cumplimiento al objetivo trazado por el legislador, se establecieron dentro de estos dos regímenes excluyentes pero coexistentes: el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. Las administradoras de ambos regímenes ostentan la naturaleza de entidades previsionales (artículo 90 de la Ley 100 de 1993, artículo 4° del Decreto 656 de 1994), característica que les exige formación en la ética del servicio público, y las ubica el campo de la responsabilidad profesional.

La selección del régimen es libre y voluntaria, y para tal efecto, al momento de la vinculación o del traslado, el afiliado debe manifestar su elección por escrito (literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993), y frente al desconocimiento de aquel derecho a la libertad de selección, proceden las sanciones de que trata el inciso 1° del artículo 271 ibídem, esto es, la ineficacia de la afiliación y la imposición de una multa a cargo de la persona natural o jurídica que hubiere impedido o trasgredido de cualquier forma contra el derecho de selección de régimen pensional. Para que se perfeccione el cumplimiento de las obligaciones y derechos antes descritos, a las administradoras de fondos de pensiones se les impone un obrar acorde a la trascendencia de la labor que cumplen, obligaciones que emanan del principio de la buena fe y que se contraen a la transparencia, la vigilancia y el deber de información, dentro del ejercicio de un buen consejo, tal y como lo ha entendido el órgano jurisprudencial de cierre (CSJ SL del 09-09-2008, radicado 31989, SL del 22-11-2011, radicado 33083, SL-12136 del 03-09-2014, radicado 46292, SL-1688 del 2019, radicado 68838, y SL-1217 del 03-03-2021, radicado 85054).

La línea jurisprudencial antes descrita contempla el precedente judicial por seguir, y del que se desprende: (i) que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber ineludible desde su creación; (ii) que el formulario de afiliación es insuficiente para probar el cumplimiento de tal deber, requiriéndose la prueba del consentimiento informado; (iii) que la carga de la prueba le corresponde a las AFP, por virtud de su inversión a favor 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 la señora MARÍA VICTORIA PÉREZ VARGAS se trasladó de régimen pensional, 30 de junio de 1995 (carp.01, doc. 02, pág. 85), la AFP PROTECCIÓN S.A., tenía la obligación de brindarle información detallada sobre los efectos del traslado, en los términos previstos en los artículos 13, literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, y en el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, lo que en términos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consiste en “... ilustrar a sus potenciales 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 allegó el formulario de afiliación (carp.01, doc. 02, pág. 85), 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 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 a la afiliada, previo de efectuarse el traslado de régimen pensional, y afirme que la información solo le fue brindada de manera verbal, deja entrever una clara contravención de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegar un formato pre-impreso de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que la Superintendencia Financiera de Colombia

indica deben reunirse, sino que se requiere acreditar la efectiva asesoría integral brindada en la antesala del traslado de régimen, ilustrando al interesado sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, con la observación de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima debían efectuarse aportes voluntarios superiores a las deducciones de ley por cotizaciones; que para causar la pensión de vejez se debe contar con una suma dineraria mínima en la cuenta de ahorro individual; que la existencia de eventuales beneficiarios por sobrevivencia incrementan dicha suma mínima requerida, entre otras particularidades, en razón a que la asesoría no solo debe estar encaminada a persuadir al 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 la señora MARÍA VICTORIA PÉREZ VARGAS (desde el minuto 20:35, carp.01, doc.14), ésta indicó que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. en el año 1995, que suscribió la afiliación en su puesto de trabajo, cuando estaba en la Secretaría de Planeación en la Alpujarra; que antes de afiliarse a PROTECCIÓN S.A., aportaba al fondo del Municipio, que se trasladó porque los asesores de los fondos privados les indicaron que por ser los más nuevos tenían que afiliarse a un fondo privado y que esta filiación debía realizarse ese mismo día; que les indicaron que era lo que más les convenía porque les iba a ir mejor con ellos que con COLPENSIONES, se les generaba una mayor rentabilidad, tendrían un bono pensional, las cuotas dependerían del dinero en la cuanta y que para obtener una pensión mayor podría aportar un dinero extra. Agregó, que con posterioridad a la afiliación se enteró de que si no alcanzaba el monto para pensionarse se pensionaría con un mínimo, pero el asesor nunca le dijo esto, que la asesoría duró de dos a tres horas porque eran muchos empleados para hacer todo el proceso de vinculación; que se afilió a PROTECCIÓN S.A., porque fue el asesor que le correspondió al grupo en el que estaba, pero no escuchó a los demás fondos y que se trasladó a PORVENIR S.A., en razón a que en dicho fondo se encontraba su esposo y otros familiares; que su afiliación a PROTECCIÓN S.A., fue de manera libre y voluntaria y que no fue obligada a suscribir el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.; empero, las aseveraciones anteriores no tienen el peso suficiente para constituir una confesión tendiente a acreditar que los fondos privados brindaron a la demandante la información clara y suficiente conforme a su deber de buen consejo.

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 a la potencial afiliada, quebrantándose así lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994. A *contrario sensu*, la falta de soporte documental de que trata el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, permite inferir que el traslado de régimen pensional no se ciñó a los parámetros legales y jurisprudenciales, sin que resulten relevantes las manifestaciones ambiguas y generales realizadas por el extremo activo en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las argumentaciones referidas al nivel académico de la actora en un tema de tan especial y de alta complejidad, ni las referencias a que la afiliada no realizó indagaciones de su situación pensional por su cuenta, en tanto el deber de brindar tal información corresponde *ope legis* a la administradora de fondos de pensiones, y no al 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 de la señora MARÍA VICTORIA PÉREZ VARGAS a la AFP PROTECCIÓN 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 PORVENIR 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 respecto del acto jurídico del que se declarará la ineficacia,

por la potísima razón de que administra el RPMPD, al que se encontraba afiliada la señora MARÍA VICTORIA PÉREZ VARGAS 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 en el caso aquí analizado, adoctrino *"... De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. [...] a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado"*, y al abordar el tema de las implicaciones y consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, el máximo tribunal de esta jurisdicción precisó:

"i) que ésta involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho 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 PROTECCIÓN S.A. como la AFP PORVENIR S.A. sin razón financiera atendible, pues a pesar de que tales descuentos tuvieron un fundamento legal y sirvieron en su momento a un propósito previamente establecido como lo es el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, la administración financiera de las cotizaciones o el fortalecimiento financiero de un fondo de garantía, aquellos nunca se hubieran practicado, de no haberse efectuado la afiliación y traslado de régimen pensional.

En aditamento a lo anterior, esta Sala considera que hay lugar al traslado de la totalidad de las sumas que las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. hubieren recibido con ocasión de la afiliación de la señora MARÍA VICTORIA PÉREZ VARGAS, 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 a la línea jurisprudencial que en derredor del tema ha venido desarrollando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como quedó dicho *in extenso* en líneas anteriores.

En lo que concierne a la indexación de las partidas descontadas de la cotización y sujetas a traslado, cumple señalar que aunque la actualización monetaria no fue objeto de impetración con la demanda, ni fue materia de excepción de fondo por parte de COLPENSIONES E.I.C.E., vale decir, materia de debate en el presente proceso, debe procederse a su reconocimiento de manera oficiosa, en tanto que la misma no corresponde a una condena adicional, sino que connota el simple reconocimiento de los efectos de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda de las sumas descontadas de las cotizaciones por concepto de cuotas de administración, primas del seguro previsional, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, prohijándose el criterio jurisprudencial expuesto en la reciente Sentencia SL950-2022 del 02/03/2022, emitida por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

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

Así las cosas, se ordenará a la AFP PORVENIR 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 PROTECCIÓN 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 la actora durante el tiempo en que estuvo afiliada.

2.3.3. La excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, se memora que “... a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria” (SL-1465 del 21-04-2021, radicado 87050), a más de que esta Sala ha sido del iterativo criterio que en esta clase de procesos, la consecuencia jurídica inmediata de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen impone el traslado de las aportaciones de manera íntegra, y al tratarse de un asunto íntimamente ligado con la materialización del derecho a la pensión de vejez, de naturaleza imprescriptible, unívoco tratamiento ha de reconocérsele, como así lo decantó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia SL-361 del 13-02-2019, radicado 63615.

Colofón de todo lo anterior, la Sala revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar, declarar la ineficacia de la afiliación de la señora MARÍA VICTORIA PÉREZ VARGAS a la AFP PROTECCIÓN 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 PORVENIR S.A.; se ordenará a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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 que deberá trasladar debidamente indexados; y en ese mismo sentido, ordenará a la AFP PROTECCIÓN 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 la actora durante su periodo de afiliación.

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 totalmente la del inferior, 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; 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 a segunda instancia, a favor de MARÍA VICTORIA PÉREZ VARGAS, 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 *a quo*.

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 MARÍA VICTORIA PÉREZ VARGAS en contra de las AFP PORVENIR S.A., y AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., y en su lugar se dispone:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora MARÍA VICTORIA PÉREZ VARGAS a la AFP PROTECCIÓN S.A., y disponer su consecuente su retorno automático al RPMPD, efectos que cobijarán su posterior traslado a la AFP PORVENIR S.A., por habersele desconocido a la demandante, el derecho a la libre selección de régimen, y por ende, al consentimiento informado.

SEGUNDO: DECLARAR que la afiliación de la señora MARÍA VICTORIA PÉREZ VARGAS 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 PORVENIR S.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, junto con todos los frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado, tal y como lo dispone el artículo 1746 del CC, 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, descuentos que deberá asumir con cargo a su propio patrimonio, y que deberá trasladar debidamente indexados.

CUARTO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, si aún no lo ha hecho, los valores descontados sobre los aportes efectuados por la actora durante la vigencia de su afiliación, por concepto de cuotas 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 que deberá trasladar debidamente indexados.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES E.I.C.E. recibir las sumas de dinero que las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. le devuelvan, como resultado de la ineficacia decretada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado por la señora MARÍA VICTORIA PÉREZ VARGAS en el RAIS, como semanas cotizadas efectivas, las 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, en favor de COLPENSIONES E.I.C.E. la suma de \$1.000.000, que corresponden a un (1) SMLMV, a cargo de cada uno de los fondos privados. Las agencias en derecho de la primera instancia serán tasadas por la a quo.

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