



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-023-2019-01115-01 (O2-22-192)
Demandante: BEATRIZ ELENA MORENO TORO
Demandadas: AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.
Procedencia: JUZGADO VEINTITRÉS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No.167 DEL 11 DE AGOSTO DE 2022
Asunto: INEFICIACIA DEL TRASLADO RPMPD - RAIS

En Medellín, a los once (11) 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 05001-31-05-023-2019-01115-01 (O2-22-192), instaurado por **BEATRIZ ELENA MORENO TORO** contra la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES E.I.C.E.**, en punto a resolver el Recurso de Apelación impetrado por BEATRIZ ELENA MORENO TORO contra la sentencia que selló la primera instancia proferida el 24 de mayo de 2022 por el Juzgado Veintitrés 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 BEATRIZ ELENA MORENO TORO, actuando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., a fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., que siempre ha estado afiliada al

Régimen de Prima Media con Prestación Definida; se ordene a PROTECCIÓN S.A., a trasladar los aportes en pensiones que ha realizado, tales como bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos, y a COLPENSIONES a recibir tales valores y se condene en costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones expuso que nació el 17 de mayo de 1965, que ha cotizado al sector público principalmente a través del Municipio de Barbosa, que se afilió a la AFP PROTECCIÓN S.A. disuadiéndolo en que en este fondo tendría mejor pensión, que se podría pensionar antes de la edad exigida en el ISS, sin haberle realizado el estudio previo al traslado o explicarle las ventajas y desventajas que aparejaría permanecer en uno y otro régimen. Añadió, que no se le brindó la información debida, que realizada su proyección pensional le resulta económicamente más favorable la pensión que obtendría en COLPENSIONES, razón por la cual presentó ante dicha entidad solicitud de traslado, la cual le fue denegada.

1.1. Trámite de Primera Instancia

La demanda se admitió el 15 de noviembre de 2019 (carp.01, doc. 04), ordenándose por demás la notificación a las demandas.

COLPENSIONES E.I.C.E. presentó contestación el 13 de diciembre de 2019 (carp.01, doc. 06), escrito en el que se opuso a la totalidad de las pretensiones, aduciendo que no tuvo injerencia en la escogencia de régimen pensional que realizó la actora, respetando en todo momento su derecho a la libre elección del mismo; así mismo propuso como medios exceptivos de fondo los que denominó: Inexistencia de la ineficacia de la obligación de aceptar el traslado por expresa prohibición legal, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas, detrimento patrimonial de los recursos del estado al admitir el traslado del RAIS al RPMPD por violación al principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, eventual enriquecimiento sin causa por parte de la AFP, inexistencia de la obligación de declarar la nulidad / ineficacia del traslado de régimen pensional, inexistencia para la declaratoria de la nulidad de traslado de régimen pensional, inexistencia de la obligación de reconocer la afiliación al régimen de prima media, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, prescripción, compensación, pago e imposibilidad de condena en costas.

Finalmente, la AFP PROTECCIÓN S.A. radicó contestación el 12 de marzo de 2020 (carp.01, doc. 16), misma en la que presentó oposición a las pretensiones de la demanda, 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 24 de mayo de 2022 (carp.01, doc. 30) por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, sentencia en la que se denegaron las pretensiones incoadas por la señora BEATRIZ ELENA MORENO TORO, se declararon implícitamente resueltas las excepciones impetradas, y se impuso condena en costas a cargo de la parte actora.

En respaldo de su decisión, la cognoscente de primer grado argumentó que no existe sustento legal para declarar la ineficacia del acto jurídico del traslado, en tanto que con la re-asesoría se le brindó a la demandante información precisa, eficaz y amplia, en la que por demás se le indicaron las mesadas pensionales a las que tendría derecho en uno y otro régimen, considerando con ello que la falta de información al momento del traslado quedó convalidada.

1.3. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión antes descrita, la apoderada judicial de BEATRIZ ELENA MORENO TORO (minuto 01:24:50, carp.01, doc. 30 link audiencia), interpuso el recurso de apelación, a fin de que se revoque íntegramente la sentencia de primera instancia, en tanto no se presentó prueba idónea del cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, ni se prueba que al momento del traslado de régimen pensional se le brindara una información completa y oportuna, dando la juez de instancia prevalencia a la re-asesoría y no a la información suministrada al momento del traslado de régimen; sin tener en cuenta que según la sentencia SL4360 de 2019 la ineficacia implica retrotraer el acto al momento de la suscripción del traslado, como si este nunca hubiera existido y por ello solicita se dé aplicación al precedente judicial declarando la ineficacia de la afiliación de la actora la RAIS.

Por su parte, las apoderadas judiciales de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., manifestaron conformidad con la decisión de primera instancia y se abstuvieron de interponer recurso alguno.

1.4. Trámite de Segunda Instancia

El recurso de apelación se admitió el 13 de junio de 2022 (carp.02, doc.02), y mediante proveído del día 21 del mismo mes y año (carp.02, doc.03), se corrió traslado a las partes para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, presentaran, si a bien lo tuvieran, alegatos de conclusión por escrito.

EL apoderado judicial de COLPENSIONES E.I.C.E. alegó el 30 de junio de 2022 (carp.02, doc.05), con el objeto de que se confirme la sentencia de primera instancia, por cuanto considera que la demandante dejó pasar el término oportuno para trasladarse al RPMPD, aduciendo que la jurisprudencia constitucional es reiterativa en torno de que el derecho a trasladarse de régimen no es absoluto, debiéndose atender primero a los criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.

El poderhabiente judicial de la señora BEATRIZ ELENA MORENO TORO alegó el 30 de junio de 2022 (carp.02, doc. 06), en procura de que se revoque la sentencia de primera instancia en su totalidad, para lo cual sostuvo que el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, es una norma de obligatorio cumplimiento y, en esa medida, la re-asesoría menoscaba la libertad, dignidad humana y derecho fundamental al mínimo vital, de lo que infiere que debe declararse la ineficacia del acto jurídico, pues el fondo privado no presentó pruebas que acreditaran que al momento de suscribir el traslado de régimen pensional se le hubiera explicado a la demandante sus consecuencias negativas, con lo cual si bien hubo consentimiento el mismo no fue informado, así que se dan los presupuestos para que se predique la ineficacia de la afiliación y se ordene la devolución a COLPENSIONES del capital ahorrado, los rendimientos y los gastos de administración.

Por su parte, la vocera 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 BEATRIZ ELENA MORENO TORO, 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 BEATRIZ ELENA MORENO TORO 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 el fondo privado accionado no demostró haberle brindado la asesoría cualificada y detallada que pregonaba el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin que la re-asesoría brindada a la demandante tenga la virtud de convalidar el acto viciado de nulidad; 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 la señora BEATRIZ ELENA MORENO TORO nació el 17 de mayo de 1965 (carp.01, doc. 03, pág. 1), se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A el 02 de febrero de 2004 (carp.01, doc. 03, pág. 13). Tampoco se discute que solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional y el mismo le fue negado el 22 de agosto de 2019 (carp.01, doc. 03, pág. 3).

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 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 afiliación y 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 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 la señora BEATRIZ ELENA MORENO TORO se trasladó de régimen pensional, el 02 de febrero de 2004 (carp.01, doc. 03, pág. 13),

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 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 allegó el formulario de afiliación (carp.01, doc. 03, pág. 13), 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 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 a la interesada 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 BEATRIZ ELENA MORENO TORO (desde el minuto 10:56, carp.01, doc. 30 link audiencia), ésta indicó que se trasladó cuando se vinculó con la Alcaldía de Barbosa, que firmó los documentos de vinculación y al día siguiente un funcionario de PROTECCIÓN S.A., le informó que había tomado la mejor decisión, pero no recuerda la asesoría brindada, que la explicación fue de paso de uno o dos minutos, que al momento de recibir la asesoría se encontraba sola porque sus compañeros estaban en sus puestos de trabajo, que con posterioridad la re-asesoraron, pero fue algo rápido, para después hacerla firmar; que en la re-asesoría le indicaban que iba bien, que iba a ganar buena plata, le daban ánimos para seguir en el fondo y le regalaban chocolates; que no recuerda si le hicieron proyección pensional, reconoce su firma en el formulario de re-asesoría, pero no recuerda que le hubieran indicado que no le convenía permanecer en la AFP PROTECCIÓN S.A., y que pensó que lo que firmaba era la actualización de sus datos; con todo ello, las aseveraciones anteriores no tienen el peso suficiente para constituir una confesión tendiente a acreditar que el fondo privado brindó a la demandante la información clara y suficiente conforme a su deber de buen consejo, previó traslado de régimen pensional.

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 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.

En lo concerniente a la re-asesoría previa al cumplimiento de los 47 años de edad, esta Sala ha sido del criterio de que la re-asesoría no convalida la actuación viciada de traslado, al impedírsele elegir libre, voluntaria y debidamente informada el régimen que le resultara más conveniente, sin que con ello se quiera decir que una re-asesoría o un traslado dentro del mismo régimen, tenga la virtualidad de subsanar o convalidar las notorias falencias de

información al momento del traslado de régimen pensional. A este respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tuvo la oportunidad de pronunciarse en los siguientes términos: *"la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones: (...) porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información"* (SL1688 de 2019, criterio reiterado más recientemente en la sentencia SL5280 de 2021).

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 BEATRIZ ELENA MORENO TORO a la AFP PROTECCIÓN S.A. y, por consiguiente, sin solución de continuidad deberá retornar al RPMPD, allende de reconocerse todos los efectos que trae consigo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

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

En lo que concierne a los efectos que devienen de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS, es menester indicar que tal devolución debe ceñirse a los términos previstos en el artículo 1746 del CC, en consonancia a lo pregonado por el máximo tribunal de esta jurisdicción (CSJ SL del 09-09-2008, radicado 31898, SL-4989 del 14-11-2018, radicado 47125, y SL-1429 del 09-04-2019, radicado 68202), a la vez de que COLPENSIONES E.I.C.E. tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que exista alguna circunstancia impedita 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 BEATRIZ ELENA MORENO TORO 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, 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 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 aplicado, 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. hubiere recibido con ocasión de la afiliación de la señora BEATRIZ ELENA MORENO TORO, 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 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.

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 BEATRIZ ELENA MORENO TORO a la AFP PROTECCIÓN S.A. y, por consiguiente, ordenar su retorno sin solución de continuidad al RPMPD; a la AFP PROTECCIÓN 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.

3. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 365 del CGP, y como quiera que la sentencia materia de alzada será revocada integralmente, la parte vencida en el juicio, esto es, PROTECCIÓN S.A., será condenada 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 de la segunda instancia, a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. y a favor de BEATRIZ ELENA MORENO TORO, la suma de \$1.000.000, que corresponden a un (1) SMMLV, como límite mínimo permitido. 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 integralmente la sentencia proferida el 24 de mayo de 2022, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por BEATRIZ ELENA MORENO TORO en contra de la 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 BEATRIZ ELENA MORENO TORO a la AFP PROTECCIÓN S.A., y disponer su consecuente retorno automático al RPMPD, 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 BEATRIZ ELENA MORENO TORO 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., 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, los rendimientos financieros, todos los*

frutos e intereses, tal y como lo dispone el artículo 1746 del CC, así como lo descontado sobre los aportes efectuados, las 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.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES E.I.C.E. recibir las sumas de dinero que la AFP PROTECCIÓN S.A. le devuelva, como resultado de la ineficacia declarada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado por la señora BEATRIZ ELENA MORENO TORO en el RAIS, como semanas cotizadas efectivas, las que deberán reflejarse en su historia laboral.


QUINTO: CONDENAR en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A."


SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., fijándose como agencias en derecho en favor de BEATRIZ ELENA MORENO TORO la suma de \$1.000.000, que corresponden a un (1) SMLMV; sin costas a cargo de COLPENSIONES. 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.

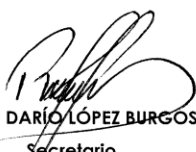
Déjese copia digital de lo decidido en la Secretaría de la Sala, previa anotación en el registro respectivo, y **DEVUÉLVASE** el expediente electrónico al juzgado de origen.

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