



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-006-2019-00432-01 (O2-22-105)
Demandante: JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ
Demandadas: AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.
Procedencia: JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No.172 DEL 16 DE AGOSTO DE 2022
Asunto: INEFICIACIA DEL TRASLADO RPMPD - RAIS

En Medellín, a los dieciséis (16) 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 05001-31-05-006-2019-00432-01 (O2-22-105), instaurado por **JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ** contra la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES E.I.C.E.**, en punto a resolver el Recurso de Apelación impetrado por JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ, contra la sentencia que selló la primera instancia, proferida el 04 de marzo de 2022 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín.

De conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, "*Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones*", se adopta la decisión correspondiente mediante la presente providencia escrita, cuya ponencia fue previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

1. ANTECEDENTES

El señor JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ, 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 de su afiliación al RAIS, y se entienda que siempre ha permanecido afiliado al RPMPD, se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A. devolver a

COLPENSIONES E.I.C.E. todas las cotizaciones efectuadas al RAIS, se ordene a COLPENSIONES E.I.C.E. reactivar su afiliación al RPMPD, y se condene en costas a las demandadas.

Como sustento fáctico de sus pretensiones expuso que se afilió al RPMPD el 03 de agosto de 1993, pero se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. porque le prometieron mejores condiciones pensionales, tales como, pensionarse más rápido y con una mejor mesada pensional, sin que el fondo privado le hubiere brindado asesoría completa, detallada, oportuna y personalizada respecto de las condiciones que más le convenían según sus particulares características. Aseveró que, según el cálculo actuarial realizado por un perito experto, en el RAIS obtendría una mesada de \$1.148.479 mientras que en el RPMPD habría causado una mesada de \$5.115.667, e informó que el 31 de enero de 2019 le solicitó a la AFP PROTECCIÓN S.A. proyectar el monto de su mesada pensional, y trasladarlo al RPMPD, petición que no fue atendida, que en la misma fecha le petitionó a COLPENSIONES E.I.C.E. reactivar su afiliación al RPMPD, solicitud que fue desestimada en la misma fecha porque se encuentra a diez años o menos de cumplir los 62 años de edad.

1.1. Trámite de Primera Instancia

La demanda se admitió el 26 de septiembre de 2019 (págs.54-5, doc.01, carp.01), y se notificó a COLPENSIONES E.I.C.E. el 07 de octubre de 2019 (pág.56, doc.01, carp.01), a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, el 08 de octubre de 2019 (págs.57-58, doc.01, carp.01), a la Procuradora Judicial para los Asuntos del Trabajo y de la Seguridad Social, el 04 de octubre de 2019 (pag.67, doc.01, carp.01) y a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 27 de febrero de 2020 (pág.68, doc.01, carp.01).

COLPENSIONES E.I.C.E. presentó contestación el 24 de octubre de 2019 (págs.59-62, doc.01, carp.01), escrito en el que admitió que el señor JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ se afilió al RPMPD el 03 de agosto de 1993, y le solicitó reactivar su afiliación a RPMPD el 31 de enero de 2019, petición que fue desestimada en la misma fecha. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, arguyendo que el actor se encuentra a diez años o menos de cumplir el requisito mínimo de la edad para pensionarse, subsidiariamente solicitó el traslado del saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual, de lo recibido por concepto de cuotas de administración, y de la suma que garantice la equivalencia del ahorro. Consecuentemente, propuso las excepciones de fondo que nominó imposibilidad de decretar la ineficacia del traslado, buena fe, e imposibilidad de condena en costas.

Por su parte, la AFP PROTECCIÓN S.A. radicó contestación el 12 de marzo de 2020 (págs.77-105, doc.01, carp.01), misma en la que sostuvo que el señor JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ

se afilió a la entidad previa asesoría oportuna, clara, suficiente y comprensiblemente respecto de las características que diferencian al RAIS del RPMPD, que se le realizaron proyecciones pensionales verbales en ambos regímenes, que le brindó una re-asesoría pensional el 04 de septiembre de 2010 indicándole que no le convenía seguir afiliado al fondo privado, y que cualquier consecuencia que se genere para el demandante es solo el resultado de la decisión libre, voluntaria e informada que el mismo tomó. De consiguiente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, y propuso como excepciones de mérito las que designó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos 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 04 de marzo de 2022 (docs.14-15, carp.01), por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia en la que se denegaron las pretensiones incoadas por el señor JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ, se declararon implícitamente resueltas las excepciones impetradas, y no se impuso condena en costas a cargo de ninguno de los extremos procesales.

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

1.3. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión antes descrita, el apoderado judicial de JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ (minuto 01:09:45, doc.14, carp.01), interpuso el recurso de apelación, a fin de que se revoque íntegramente la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se acojan las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la *a quo* se apartó del precedente jurisprudencial reiterado y consolidado de la Corte Suprema de Justicia, sin sustento suficiente, siendo que con la devolución de los gastos de administración se supera cualquier merma en el capital destinado para financiar la pensión; porque el deber de información a cargo de los

fondos privados debe estudiarse como una garantía mínima constitucional, y no como un simple derecho de orden económico o social; porque el análisis judicial sobre el cumplimiento del deber de información a cargo de los fondos privados está al margen, en principio, de la situación pensional de la persona; y porque la AFP PROTECCIÓN S.A. no probó que haber brindado la asesoría que le correspondía para que su poderdante tomara de manera informada la decisión de trasladarse de régimen pensional.

1.4. Trámite de Segunda Instancia

El recurso de apelación se admitió el 04 de abril de 2022 (doc.02, carp.02), y mediante proveído del día 19 del mismo mes y 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 poderhabiente judicial de JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ alegó el 25 de abril de 2022 (doc.04, carp.02), en procura de que se revoque la sentencia de primer grado, reiterando expresamente lo indicado con la sustentación del recurso de apelación. El apoderado judicial de COLPENSIONES E.I.C.E. alegó el 27 de abril de 2022 (doc.05, carp.02), con el objeto de que se confirme la sentencia de primera instancia, toda vez que a los fondos privados no puede imponérseles la obligación de contar con soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, porque el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado entre regímenes, y porque el retorno inoportuno de quienes están afiliados al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones. Finalmente, 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 JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ, advirtiéndose que en observancia del principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CPTSS, el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de la alzada.

2.1. Problemas Jurídicos

El *thema decidendi* en el asunto puesto a consideración de la Sala se contrae a determinar si la afiliación del señor JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ al régimen de ahorro individual con

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

2.2. Sentido del Fallo

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

2.3. Solución de los Problemas Jurídicos Planteados

La carga de la prueba es un principio de derecho procesal, encaminado a establecer a cuál de los sujetos del proceso le concierne la aportación de las pruebas, y cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de dicha carga; en su criterio clásico la carga de probar se ha fijado en cabeza de quien afirma los hechos que fundamentan la procedencia del reconocimiento de los derechos debatidos, correspondiéndole al mismo, probar sus aserciones para que el juzgador establezca si es procedente el reconocimiento de los derechos que reclama, debiéndose desestimar sus pretensiones en caso de que los hechos no aparezcan probados en el proceso.

El concepto prístino de la carga probatoria se compendia en el aforismo romano *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, según el cual, quien afirma un hecho debe probarlo, y quien lo niega, está libre de la carga de probar, regla procesal que guarda concordancia con las previsiones contenidas en el artículo 167 del CGP, aplicable por remisión analógica a los juicios del trabajo y de la seguridad social, en los términos previstos en el artículo 145 del CPTSS, y por cuya virtud, le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Sea lo primero en señalar que, esta Corporación acoge el criterio jurisprudencial que antaño ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuesto, entre otras sentencias, en la SL del 09-09-2008, radicado 31989, SL del 22-11-2011, radicado 33083, SL-12136 del 03-09-2014, radicado 46292, SL 1688 del 2019, radicado 68838, y SL-1217 del 03-03-2021, radicado 85054, según el cual, la carga de la prueba se invierte en favor de los afiliados considerando que: (i) las negaciones indefinidas no pueden demostrarse materialmente por quien las invoca, (ii) el afiliado representa la parte débil de la relación jurídica contractual en virtud de la posición en el mercado, profesionalismo, y experticia que debe tener las administradoras de fondos de pensiones, y (iii) el demandante tiene menos posibilidades de esclarecer los hechos que se debaten ya que las administradoras de fondos de pensiones son las que tienen el control de la operación; reglas jurisprudenciales que, en criterio del Alto Tribunal, resultan aplicables a todos los procesos en los que se discute la validez del traslado de régimen pensional, sin importar que el derecho esté consolidado, que el afiliado sea beneficiario o no del régimen de transición, o que esté próximo o no a pensionarse (SL-3202 del 14-07-2021 – Subraya de la Sala).

Previo a dirimir la controversia planteada, se advierte que no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos: que el señor JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ se afilió al otrora INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 03 de agosto de 1993 (págs.42-47, 122-125, 128-130, doc.01, carp.01), y se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 01 de septiembre de 1999 (pág.117, doc.01, carp.01). Tampoco se controvierte que el 31 de enero de 2019 le solicitó a la AFP PROTECCIÓN S.A. proyectar el monto de una eventual pensión de vejez, declarar la nulidad de su afiliación al RAIS, y trasladar al RPMPD las cotizaciones efectuadas (pág.19, doc.01, carp.01), petición que fue resuelta mediante misiva del 18 de marzo de 2019, en la cual el fondo accionado proyectó una mesada pensional por valor de \$1.571.514, y resolvió no declarar la nulidad de la afiliación y el traslado de los aportes, aduciendo su improcedencia (pág.162-165, doc.01, carp.01). En el mismo sentido, no se discute que el mismo 31 de enero de 2019 le peticionó a COLPENSIONES E.I.C.E., reactivar su afiliación al RPMPD, recibir las cotizaciones efectuadas al RAIS, y realizar una proyección de su eventual mesada pensional (pag.18, doc.01, carp.01), solicitud que fue desestimada el 20 de marzo de 2019, porque le faltaban diez años o menos para cumplir la edad mínima para tener derecho a la pensión (págs.27-28, doc.01, carp.01). En último término, no se contiene que el actor cuenta con 1.368,15 semanas cotizadas para pensión (págs.145-160, doc.01, carp.01), y \$335.215.011 acumulados en la cuenta de ahorro individual, de los cuales \$146.796.812 son aportes, y \$188.434.010 son rendimientos (págs.131-144, doc.01, carp.01).

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

El Sistema General de Seguridad Social fue diseñado como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, para que la ciudadanía pueda gozar de una calidad de vida digna, mediante la cobertura integral de las contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica (preámbulo de la Ley 100 de 1993); de forma subsecuente, el Sistema General de Pensiones fue diseñado para garantizar el amparo ante las contingencias de vejez, invalidez y muerte, y en aras de dar cumplimiento al objetivo trazado por el legislador, se establecieron dentro de estos dos regímenes excluyentes pero coexistentes: el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. Las administradoras de ambos regímenes ostentan la naturaleza de entidades previsionales (artículo 90 de la Ley 100 de 1993, artículo 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 dicho 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 el señor JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ se trasladó de régimen pensional, 01 de septiembre de 1999 (pág.117, doc.01, carp.01), 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 adosó el formulario de afiliación (pág.117, doc.01, carp.01), documental que no refleja de manera alguna que al promotor del juicio se le hubiere prestado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP 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 afiliado, previo de efectuarse el traslado de régimen pensional, y afirme que la información solo le fue brindada de manera verbal, deja entrever una clara contravención de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegar un formato pre-impreso de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que la Superintendencia Financiera de Colombia

indica deben reunirse, sino que se requiere acreditar la efectiva asesoría integral brindada en la antesala del traslado de régimen, ilustrando al interesado sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, con la observación de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima debían efectuarse aportes voluntarios extraordinarios superiores a las deducciones de ley por cotizaciones; que para causar la pensión de vejez se debe contar con una suma dineraria mínima en la cuenta de ahorro individual; que la existencia de eventuales beneficiarios por sobrevivencia incrementan dicha suma mínima requerida, entre otras particularidades, en razón a que la asesoría no solo debe estar encaminada a persuadir al afiliado con llamativos rendimientos financieros o la posibilidad de acceder a la pensión sin importar la edad, sino que debe atender también a que el afiliado pueda lograr la prestación económica que mejor se acompañe con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

De igual forma se advierte que, aunque en el interrogatorio de parte rendido por el señor JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ (desde el minuto 14:15, doc.05, carp.01), este admitió que había suscrito los formularios de afiliación incorporados al plenario, no puede soslayar la Sala que el deber de información solo se satisface con la evidencia de que la decisión del afiliado haya sido libre e informada, lo que no se logra acreditar por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., máxime si se tiene en cuenta que, por el contrario, el demandante manifestó que no recordaba las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que se había efectuado el traslado de régimen pensional, que la decisión de trasladarse de régimen la tomó de forma emotiva, preocupado por la situación de liquidación del ISS, que

Y aunque en el expediente obra un formulario de "Reasesoría Pensional", con fecha del 14 de septiembre de 2010, y en el que se indica que al afiliado no le conviene hermanarse afiliado a la AFP PROTECCIÓN S.A. (págs.119-121, doc.01, carp.01), lo cierto es que el mismo no fue suscrito por el demandante, quien en el interrogatorio de parte afirmó que durante la época no recibió ninguna llamada en la que se le advirtiera que estaba cerca de cumplir la edad que le prohibiría trasladarse de régimen (minuto 01:09:30, doc.05, carp.01); y aunque en el plenario reposa la comunicación remitida el 17 de septiembre de 2010 por el demandante, en la que manifiesta que "*... evaluando la información he tomado la decisión de pasarme al seguro social, por favor me informa el procedimiento para el cambio*" (págs.126-127, doc.01, carp.01), lo cierto es que la jurisprudencia tiene por sentado que los actos de relacionamiento, como lo son las re-asesorías pensionales, no tienen la vocación de convalidar la información que debió prestarse al momento del traslado de régimen.

También es del caso resaltar que la AFP PROTECCIÓN S.A. no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el asesor que atendió al accionante en el momento en

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

Finalmente, conviene ahincar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que *"... la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC). Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia"* (CSJ SL-1467 del 24-04-2021, radicado 85037).

En consonancia con lo anterior, habrá de revocarse la decisión de instancia, para en su lugar, declarar la ineficacia de la afiliación del señor JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ a la AFP PROTECCIÓN S.A. y, por consiguiente, sin solución de continuidad deberá retornar al RPMPD.

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 frente al acto jurídico del que se declarará la ineficacia, por la potísima razón de que administra el RPMPD, al que se encontraba afiliado el señor JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ antes del traslado de régimen pensional.

Importa recordar lo expuesto en la sentencia CSJ SL-2877 del 29-07-2020, radicado 78667, en la que, sobre los efectos de la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico como el aquí analizado, adoctrinó *"... De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. [...] a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado"*, y al abordar el tema de las implicaciones y consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, el máximo tribunal de esta jurisdicción precisó:

"i) que ésta involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida;

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

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

Así pues, la ineficacia del traslado conlleva precisamente a que el fondo privado de pensiones devuelva todas las cotizaciones que hubiere recibido, incluyendo lo correspondiente al porcentaje que por gastos o comisión de administración haya descontado de las cotizaciones, así como también lo descontado para cubrir los aportes al fondo de garantía de pensión mínima (artículo 7º 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 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 del señor JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ, a propósito de que engrosen el fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES E.I.C.E., en virtud de las previsiones contenidas en el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, de modo que, se garantice no solo la sostenibilidad financiera del sistema, sino también la plena realización del principio de solidaridad de que trata el artículo 2 ibídem; por demás, no hay lugar a reconocer restituciones mutuas, pues como se predica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia antes referenciada (SL-2877 del 29-07-2020, radicado 78667), se deben devolver todos los rubros descontados de las cotizaciones, y si bien no pasa por alto esta Sala la existencia de un pronunciamiento de la Superintendencia Financiera en contrario, es preciso indicar que el mismo se refiere a los traslados a instancia del afiliado y no como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, y que en últimas, tal acto no es de obligatorio acatamiento para los operadores judiciales, allende que, la Sala se aviene es a la línea jurisprudencial que en derredor del tema ha venido desarrollando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como quedó dicho *in extenso* en líneas anteriores.

En lo que concierne a la indexación de las partidas descontadas de la cotización y sujetas a traslado, cumple señalar que aunque la actualización monetaria no fue objeto de impetración con la demanda, ni fue materia de excepción de fondo por parte de COLPENSIONES E.I.C.E., vale decir, materia de debate en el presente proceso, debe procederse a su reconocimiento de manera oficiosa, en tanto que la misma no corresponde a una condena adicional, sino que connota el mero reconocimiento de los efectos de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda de las sumas descontadas de las cotizaciones por concepto de cuotas de administración, primas del seguro previsional, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, 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 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 y conformación de su capital de financiación, de naturaleza imprescriptible, unívoco tratamiento ha de reconocérsele, como así lo decantó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia SL-361 del 13-02-2019, radicado 63615.

Colofón de todo lo anterior, la Sala revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar, declarar la ineficacia de la afiliación del señor JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ al RAIS y, por consiguiente, sin solución de continuidad deberá retornar al RPMPD, y ordenará a la AFP PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, tales como cotizaciones y rendimientos financieros, así como lo descontado sobre los aportes efectuados por concepto de comisiones de administración, primas del seguro previsional, y aportes al fondo de garantía de pensión

mínima, descuentos que deberá asumir con cargo a su propio patrimonio y trasladar debidamente indexados.

3. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 365 del CGP, y advirtiendo que la sentencia de segunda instancia revocará integralmente la a quo; la parte vencida en el juicio, esto es, la AFP 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 para la segunda instancia, a favor de JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ, 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 cognoscente de instancia.

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

4. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR íntegramente la sentencia proferida el 04 de marzo de 2022, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ en contra de la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., y en su lugar:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ a la AFP PROTECCIÓN S.A., y disponer su consecuente retorno al RPMPD, por habersele vulnerado al demandante, el derecho a la libre selección de régimen y no garantizársele el consentimiento informado.

SEGUNDO: DECLARAR que la afiliación del señor JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ 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., a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, y que obren en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones y rendimientos financieros, al igual que lo descontado sobre los aportes efectuados, por concepto de cuotas de administración, primas del seguro previsional, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, junto

con todos los frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado, tal y como lo dispone el artículo 1746 del CC, descuentos que deberá asumir con cargo a su propio patrimonio, y que deberá trasladar debidamente indexados.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES E.I.C.E. recibir las sumas de dinero que la AFP PROTECCIÓN S.A. le devuelva como resultado de la ineficacia decretada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado por el señor JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ en el RAIS, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral.

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

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A., fijándose como agencias en derecho, en favor de JOHN JAIRO AGUDELO BERMÚDEZ la suma de \$1.000.000, que corresponden a un (1) SMLMV. Las de primera instancia, tásense.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO**, acogiendo el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia vertido en el Auto AL-2550 del 23-06-2021, radicado 89.628, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

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

Se declara así surtido el presente acto y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada

(sin firma por ausencia justificada)
JULIO RAFAEL TRODECILLA 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