



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-014-2020-00298-01 (O2-22-220)
Demandante: LUZ ADRIANA ZAPATA VÉLEZ
Demandadas: AFP PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES E.I.C.E.
Procedencia: JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No.176 DEL 29 DE AGOSTO DE 2022
Asunto: INEFICIACIA DEL TRASLADO RPMPD - RAIS

En Medellín, a los veintinueve (29) 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 MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA, SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, 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 05001-31-05-014-2020-00298-01 (O2-22-220), instaurado por **LUZ ADRIANA ZAPATA VÉLEZ** contra la **AFP PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES E.I.C.E.**, en punto a resolver los Recursos de Apelación impetrados por la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada, respecto de la sentencia que selló la primera instancia, proferida el 17 de junio de 2022 por el Juzgado Catorce 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 presente providencia escrita, cuya ponencia fue previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

1. ANTECEDENTES

La señora LUZ ADRIANA ZAPATA VÉLEZ, actuando por intermedio de apoderada judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., a fin de que se declare la ineficacia de su afiliación de su traslado al RAIS, se ordene

a la AFP PORVENIR S.A. devolver el saldo existente en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, más el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración, las primas de reaseguro y de seguro previsional, se ordene a COLPENSIONES E.I.C.E. reactivar su afiliación al RPMPD, recibir la devolución de los dineros que se ordenen trasladar y actualizar los registros en su historia laboral, y se condene en costas a las entidades demandadas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones expuso que nació el 12 de diciembre de 1965, comenzó a realizar aportes al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en julio de 1988, cotizando un total de 402,71 semanas al RPMPD, y se trasladó al RAIS en marzo de 1998, cuando la empresa para la que laboraba fue visitada por los asesores de la AFP PORVENIR S.A., invitándolos a una reunión colectiva que duró media hora aproximadamente, y en la que les informaron que el RPMPD administrado por el ISS entraría en liquidación y que por ello debían trasladarse, oportunidad en la que omitieron informarle las implicaciones que conllevaba el traslado, las diferencias existentes entre ambos regímenes pensionales, las condiciones especiales que cobijan el RAIS, tales como, que el monto de la pensión dependía del capital ahorrado, de la modalidad seleccionada, de la conformación del grupo familiar, o de la fecha de redención del bono pensional, entre otras. También indicó que el 19 de junio de 2020 le solicitó a la AFP PORVENIR S.A., entre otras peticiones, la proyección de su mesada pensional para los 57 años, petición que no ha sido contestada, y que el 09 de septiembre de 2020 le petitionó a COLPENSIONES E.I.C.E. declarar la ineficacia de su traslado de régimen pensional, solicitud que fue desestimada el día 15 del mismo mes y año.

1.1. Trámite de Primera Instancia

La demanda se admitió el 03 de marzo de 2021 (doc.07, carp.01), y se notificó a COLPENSIONES E.I.C.E. el 12 de marzo de 2021 (doc.08, carp.01), a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, el 19 de marzo de 2021 (doc.09, carp.01), al Procurador Judicial para los Asuntos del Trabajo y de la Seguridad Social, el 26 de marzo de 2021 (doc.10, carp.01), y a la AFP PORVENIR S.A., el 05 de marzo de 2021 (doc.13, carp.01).

COLPENSIONES E.I.C.E., presentó contestación el 02 de abril de 2021 (doc.11, carp.01), misma en la que admitió que la señora LUZ ADRIANA ZAPATA VÉLEZ nació el 12 de diciembre de 1965, comenzó a realizar aportes al RPMPD en julio de 1988, y solicitó retornar al RPMPD el 09 de septiembre de 2020. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo que la normativa vigente para la fecha en la que se surtió el traslado de régimen pensional solo exigía el diligenciamiento del formulario de afiliación, y que por ello, la carga de probar los supuestos de hecho en los que se fundan las pretensiones de la demanda le competen a la accionante;

adicionalmente adujo que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado, en razón de la edad, y subsidiariamente solicitó ordenarle al fondo privado trasladar los aportes pensionales con sus frutos e intereses, así como las cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima. En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó carga dinámica de la prueba, inoponibilidad frente a los terceros de buena fe, improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, prescripción, devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, y ahorros voluntarios debidamente indexados, buena fe, improcedencia de condena en costas, y compensación.

Por su parte, la AFP PORVENIR S.A. presentó contestación el 08 de marzo de 2022 (doc.15, carp.01), misma en la que aceptó que la señora LUZ ADRIANA ZAPATA VÉLEZ se afilió a la entidad el 05 de junio de 1996, y aseguró que la misma se llevó a cabo de forma libre, voluntaria e informada, previa asesoría verbal, clara, suficiente y veraz sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, así como de las condiciones que debía acreditar para el reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS, tal y como se dejó constancia en el formulario de afiliación suscrito por la demandante. Sostuvo que el acto jurídico del traslado es válido, en razón de que cumplió con los requisitos establecidos en la normativa vigente, y no pesa sobre él ningún vicio u omisión que lo invalide, la demandante contaba con plena capacidad legal para trasladarse, también tenía el deber de informarse bien, y no se trasladó nuevamente de régimen, aunque contó con la oportunidad para hacerlo, y la legislación no prevé la ineficacia como consecuencia de la falta de información; sin embargo, relievó que aún en caso de que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, es improcedente la devolución de los gastos de administración y la prima del seguro previsional. Como postura de opugnación, excepcionó de fondo la prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y compensación.

1.2. Sentencia de Primera Instancia

La controversia planteada se dirimió en primera instancia el 17 de junio de 2022 (docs.19-20, carp.01) por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia en la que se declaró la ineficacia de la afiliación de la señora LUZ ADRIANA ZAPATA VÉLEZ a la AFP PORVENIR S.A.; se ordenó a COLPENSIONES E.I.C.E. activar la afiliación de la actora al RPMPD, sin solución de continuidad; se condenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo para el efecto los rendimientos financieros y las comisiones de administración, que incluyen lo pagado por concepto del seguro previsional y garantía de la pensión mínima; se declararon no

probadas las excepciones incoadas, y se condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A. en favor de la demandante.

Para sustentar su decisión, el cognoscente de primer grado argumentó que los fondos privados tenían la obligación de brindarle al actor información suficiente, clara y veraz, sobre las diferencias entre el RPMPD y el RAIS, que la carga de la prueba se invirtió en favor de la afiliada, sin que se hubiere acreditado que el fondo privado le hubiere brindado tal información a la demandante, y que la declaratoria de la ineficacia conlleva al traslado, no solo de los aportes y rendimientos, sino también de lo descontado de las cotizaciones por concepto de gastos de administración, que incluyen las cuotas de administración, los seguros previsionales y la garantía de la pensión mínima, precisando que no es necesario ordenar la devolución indexada de los gastos de administración, siendo que los rendimientos financieros generados son superiores a los réditos que los mismos aportes hubieren causado en el RPMPD, compensándose con ello cualquier diferencia que se cause por el pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

1.3. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión antes descrita, el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A. (minuto 02:03:45, doc.20, carp.01), interpuso el recurso de apelación en procura de que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se absuelva a su representada de las pretensiones incoadas, con apoyo en que la afiliación de la demandante cumplió con los requisitos vigentes para la época, quedando como soporte documental el formulario de afiliación; la demandante no ejerció el deber de aprovechar los espacios de comunicación con la entidad y era imposible para su prohijada prever el monto que alcanzaría la pensión de vejez. Subsidiariamente, solicitó se revoque la condena referida al traslado de los gastos de administración y primas del seguro previsional, siendo que los mismos se descontaron por disposición legal, no están destinados a financiar la pensión de vejez, y son objeto de prescripción judicial, y hacen parte de las restituciones mutuas.

Adicionalmente, la apoderada judicial COLPENSIONES E.I.C.E. impetró el recurso de alzada (minuto 02:07:30, doc.20, carp.01), en orden a que se revoque parcialmente la sentencia de primer grado, en procura de que el traslado de las cuotas de administración, los seguros previsionales y la garantía de la pensión mínima, se ordene de forma indexada.

1.4. Grado Jurisdiccional de Consulta

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

1.5. Trámite de Segunda Instancia

Los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se admitieron el 28 de junio de 2022 (doc.02, carp.02), y mediante proveído del día 05 de julio del mismo año (doc.03, carp.02), se corrió traslado a las partes para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, presentaran, si a bien lo tuvieran, alegatos de conclusión por escrito.

La vocera judicial de la AFP PORVENIR S.A., alegó el 11 de julio de 2022 (doc.04, carp.02), en procura de que se revoque la sentencia de primer grado, por cuanto no se probó la ausencia de los requisitos de existencia previstos en el artículo 1741 del CC, ni la existencia de los vicios contemplados en el artículo 1508 ibídem, a la vez de que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 solo prevé el reconocimiento de una multa administrativa, ya que la ineficacia solo se predica de los actos jurídicos celebrados por un capaz absoluto, y además cualquier irregularidad que se hubiere presentado se convalidó por el transcurso del tiempo. Itera que la demandante se trasladó de régimen de forma libre y voluntaria, y el formulario de afiliación da cuenta de la voluntad que tenía el demandante de afiliarse a la entidad. Finalmente, alegó que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la pensión de vejez, y los gastos de administración descontados fueron autorizados por el legislador para ambos regímenes.

Por su parte, la procuradora judicial COLPENSIONES E.I.C.E. alegó el 15 de julio de 2022 (doc.05, carp.02), con miras a que se revoque la sentencia de primera instancia, razonando que su representada no tuvo incidencia en el traslado de régimen pensional de la demandante, y que, por ser un tercero de buena fe, no pueden oponérsele los efectos de la ineficacia decretada; la actora supera la edad máxima para trasladarse de régimen pensional, y que su prohijada, como administradora del RPMPD no tuvo la oportunidad de madurar el capital para financiar la pensión de vejez que se causará en favor de la demandante; y la nulidad relativa que se hubiere generado en el acto jurídico del traslado se encuentra saneado por el silencio en el que incurrió la actora durante transcurso del tiempo; subsidiariamente petitionó

se ordene el traslado los aportes, rendimientos, gastos de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, y cuotas de seguro previsional, debidamente indexados.

Finalmente, se advierte que la apoderada judicial de LUZ ADRIANA ZAPATA VÉLEZ 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 los recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., advirtiéndose que atendiendo al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CPTSS, el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de la alzada; a la par de surtirse la revisión de la sentencia bajo el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES E.I.C.E., en los puntos que no fueron objeto del recurso de 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 LUZ ADRIANA ZAPATA VÉLEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., resulta ineficaz, efecto para el que habrá de establecerse si en el momento en que se surtió el traslado de régimen pensional, el fondo privado le garantizó a la afiliada el derecho al consentimiento informado; en caso negativo, la Sala se ocupará de determinar cuáles son los efectos jurídicos que devienen de la declaratoria de la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS.

2.2. Sentido del Fallo

La Sala confirmará la sentencia de primer grado, en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la señora LUZ ADRIANA ZAPATA VÉLEZ, por no haberse acreditado que la AFP PORVENIR S.A., le hubiere brindado información completa oportuna, clara y veraz, sobre los efectos que acarrearía el acto jurídico del traslado de régimen pensional; y en cuanto ordenó el traslado los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo no solo los aportes y rendimientos financieros, sino también las sumas que hubiere descontado para sufragar las cuotas de administración, las primas del seguro previsional, y los aportes para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima; pero la adicionará en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. que traslade debidamente indexados los rubros que fueron descontados de la cotización, en tanto en cuanto, los mismos no fueron capitalizados.

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 afiliadas considerando que: (i) las negaciones indefinidas no pueden demostrarse materialmente por quien las invoca, (ii) la afiliada representa la parte débil de la relación contractual en virtud de la posición en el mercado, profesionalismo, y experticia que debe tener las administradoras de fondos de pensiones, y (iii) la 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 la afiliada sea beneficiaria o no del régimen de transición, o que esté próxima o no a pensionarse (SL-3202 del 14-07-2021 – Subraya intencional de la Sala).

Previo a dirimir la controversia planteada, se advierte que no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos: que la señora LUZ ADRIANA ZAPATA VÉLEZ se afilió al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a partir del 07 de julio de 1988 (págs.26-30, doc.03, carp.01;

págs.20-24, doc.11, carp.01; págs.114-116, doc.15, carp.01), y se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 05 de junio de 1996 (págs.95,96,102, doc.15, carp.01). Tampoco se discute que el 30 de junio de 2020 la AFP PORVENIR S.A. (págs.97-101, doc.15, carp.01), previa solicitud radicada por la accionante el 19 de junio de 2020 (pág.36, doc.03, carp.01), proyectó que, a los 57 años de edad, la actora se pensionaría con una mesada de \$1.636.200, si dejaba de cotizar, o de \$1.705.600, si continuaba cotizando durante 12 meses al año. En igual sentido, se encuentra acreditado que el 09 de septiembre de 2020 la actora le solicitó a COLPENSIONES E.I.C.E. autorizar su traslado al RPMPD (págs.37-40, doc.03, carp.01), petición que fue desestimada el día 15 del mismo mes y año, porque la demandante se encontraba a diez años o menos del requisito del tiempo para pensionarse (págs.41-43, doc.03, carp.01). Finalmente, se encuentra acreditado que actualmente la demandante cuenta con 1.696 semanas cotizadas (págs.74-78, doc.15, carp.01), y \$465.859.061 acumulados en su cuenta de ahorro individual (págs.79-93,103-113, doc.15, 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 ese modo, el Sub-Sistema General de Pensiones fue diseñado para garantizar el amparo ante las contingencias de vejez, invalidez y muerte, y en aras de dar cumplimiento al objetivo trazado por el legislador, se establecieron dentro de estos dos regímenes excluyentes pero coexistentes: el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. Las administradoras de ambos regímenes ostentan la naturaleza de entidades previsionales (artículo 90 de la Ley 100 de 1993, artículo 4º del Decreto 656 de 1994), característica que les exige formación en la ética del servicio público, y las ubica el campo de la responsabilidad profesional.

La selección del régimen es libre y voluntaria, y para tal efecto, al momento de la vinculación o del traslado, la afiliada debe manifestar su elección por escrito (literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993), y frente al desconocimiento del derecho a la libertad de selección, proceden las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 ibídem, esto es, la ineficacia de la afiliación y la imposición de una multa a cargo de la persona natural o jurídica que hubiere impedido o trasgredido de cualquier forma el derecho de selección de régimen pensional. Para que se perfeccione el cumplimiento de las obligaciones y derechos antes descritos, a las administradoras de fondos de pensiones se les impone un obrar acorde a la trascendencia de la labor que cumplen, obligaciones que emanan del principio de la buena

fe y que se contraen a la transparencia, la vigilancia y el deber de información, dentro del ejercicio de un buen consejo, tal y como lo ha entendido el órgano jurisprudencial de cierre (CSJ SL del 09-09-2008, radicado 31989, SL del 22-11-2011, radicado 33083, SL-12136 del 03-09-2014, radicado 46292, SL-1688 del 2019, radicado 68838, y SL-1217 del 03-03-2021, radicado 85054).

La línea jurisprudencial antes descrita contempla el precedente judicial por seguir, y del que se desprende: (i) que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber ineludible desde su creación; (ii) que el formulario de afiliación es insuficiente para probar el cumplimiento de tal deber, requiriéndose la prueba del consentimiento informado; (iii) que la carga de la prueba le corresponde a las AFP, por virtud de su inversión a favor de la afiliada como parte débil de la relación procesal y contractual; (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 afiliada para trasladarlo al RAIS, tiene la obligación de devolver al régimen de prima media el 100% de los aportes efectuados por la afiliada, asumiendo a su cargo los deterioros o menguas que estos hubieren sufrido – Subraya intencional de la Sala)

Ahora bien, conviene precisar que para la fecha en que la señora LUZ ADRIANA ZAPATA VÉLEZ se trasladó de régimen pensional, 05 de junio de 1996 (págs.95,96,102, doc.15, carp.01), la AFP PORVENIR S.A., tenía la obligación de brindarle información detallada sobre los efectos del traslado, en los términos previstos en los artículos 13, literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, y en el artículo 97, numeral 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 afiliadas, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas, (...) suministrar (...) una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. (...) proporcionar (...) una ilustración acerca de las condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, lo que incluye la existencia de una transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales” (SL-1217 del 03-03-2021, radicado 85054 – Subraya de la Sala), de lo cual, únicamente se adosó el formulario de afiliación (págs.95,96,102, doc.15, carp.01), documental que no refleja de manera alguna

que al promotor del juicio se le hubiere prestado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP PORVENIR S.A., hubiere cumplido con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, en tanto no basta explicar los beneficios de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron materia de análisis previo, o cuando menos, al momento de efectuarse la afiliación y traslado al régimen pensional.

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

De igual forma se advierte que, aunque en el interrogatorio de parte rendido por la señora LUZ ADRIANA ZAPATA VÉLEZ (desde el minuto 50:10, doc.20, carp.01), ésta admitió que había suscrito el formulario de afiliación a la AFP accionada, no puede soslayar la Sala que el deber de información solo se satisface con la evidencia de que la decisión de la afiliada haya sido libre e informada, lo que no se logra acreditar por parte de la AFP PORVENIR S.A., máxime si se tiene en cuenta que, por el contrario, la demandante manifestó que la asesoría que de forma colectiva le brindaron los funcionarios de la AFP PORVENIR S.A. solo tuvo una duración de 30 a 40 minutos, durante los cuales le indicaron que en el fondo privado podría optar a una mejor jubilación, y que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entraría en liquidación.

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

Finalmente, conviene ahincar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que *"... la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC). Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia"* (CSJ SL-1467 del 24-04-2021, radicado 85037). En consonancia con lo anterior, habrá de impartirse confirmación a la decisión de instancia, en lo que respecta a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación y 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 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 LUZ ADRIANA ZAPATA VÉLEZ 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, el Alto Tribunal adocrinó *"... 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"*; a su vez, al abordar el tema de las implicaciones y consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, precisó:

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

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

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

Así pues, la ineficacia del traslado conlleva precisamente a que 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 las sumas 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 a 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 la AFP PORVENIR S.A. hubiere recibido con ocasión de la afiliación de la señora LUZ ADRIANA ZAPATA VÉLEZ, a propósito de que engrosen el fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES E.I.C.E., en virtud de las previsiones contenidas en el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, de modo que, se garantice no solo la sostenibilidad financiera del sistema, sino también la plena realización del principio de solidaridad de que trata el artículo 2 ibídem; por demás, no hay lugar a reconocer restituciones mutuas, pues como se predica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia antes referenciada (SL-2877 del 29-07-2020, radicado 78667), se deben devolver todos los rubros descontados de las cotizaciones, y si bien no pasa por alto esta Sala la existencia de un pronunciamiento de la Superintendencia Financiera en contrario, es preciso indicar que el mismo se refiere a los traslados a instancia de la afiliada y no como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, y que en últimas, tal acto no es de obligatorio acatamiento para los operadores judiciales, allende que, esta Colegiatura 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, tema 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 llano 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, 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 confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto ordenó el traslado o devolución no solo de los aportes y rendimientos financieros, sino también, de lo descontado por concepto de cuotas de administración, primas del seguro previsional, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del CC, adicionándolo en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. que traslade debidamente indexados los rubros que fueron descontados de la cotización, mismos que no fueron objeto de capitalización.

2.3.3. La excepción de prescripción

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

Colofón de lo anterior, se impone para la Sala impartir confirmación a la sentencia de primer grado en cuanto que con acierto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, y ordenó la devolución, no solo de los aportes y los rendimientos financieros, sino también, de todo lo descontado por concepto de comisiones o gastos de administración, pago de primas de los seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de la pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, en términos del artículo 1746 del CC, adicionándola en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. que traslade debidamente indexados los rubros que fueron descontados de la cotización, pues además no fueron objeto de capitalización.

3. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del CGP, las costas de la segunda instancia estarán a cargo de la AFP PORVENIR S.A., por habérseles resuelto desfavorablemente los recursos de apelación propuestos, y con arreglo a lo previsto en el Acuerdo PSAA 16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan como agencias en derecho, a favor de LUZ ADRIANA ZAPATA VÉLEZ, y a cargo de cada uno de los fondos privados, la suma de \$1.000.000, que corresponde a un (1) SMMLV, siendo el límite mínimo. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E., teniendo en cuenta que el recurso de apelación impetrado alcanzó prosperidad, y que la sentencia se analizó integralmente en su favor, en virtud al grado jurisdiccional de consulta.

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

4. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 17 de junio de 2022, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por LUZ ADRIANA ZAPATA VÉLEZ en contra de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., en el sentido de ordenar que las sumas descontadas por concepto de comisiones de administración, primas para el seguro previsional, y aportes para el fondo de garantía de la pensión mínima, tendrán que ser devueltas a COLPENSIONES E.I.C.E., debidamente indexadas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de fecha y origen conocidos.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. fijándose como agencias en derecho, en favor de LUZ ADRIANA ZAPATA VÉLEZ, la suma de \$1.000.000, correspondiente a un (1) SMMLV. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E.

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

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

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


VÍCTOR HUGO ORIUELA GUERRERO
Magistrado Ponente


MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
Magistrada


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada


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