



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-022-2019-00326-01 (O2-22-217)
Demandante: ADRIANA MARÍA SANÍN RAMÍREZ
Demandadas: AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.
Procedencia: JUZGADO VEINTIDÓS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No.175 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 05001-31-05-022-2019-00326-01 (O2-22-217), instaurado por **ADRIANA MARÍA SANÍN RAMÍREZ** contra la **AFP PORVENIR S.A.**, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES E.I.C.E.**, en punto a resolver los Recursos de Apelación impetrados por las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES E.I.C.E., respecto de la sentencia que selló la primera instancia, proferida el 08 de marzo de 2022 por el Juzgado Veintidós 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 ADRIANA MARÍA SANÍN RAMÍREZ, actuando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la AFP PORVENIR S.A., la AFP PROTECCIÓN

S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., a fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia de su afiliación de su traslado al RAIS, se ordene a COLPENSIONES E.I.C.E. posibilitar nuevamente su afiliación al RPMPD, se ordene a la AFP PORVENIR S.A. trasladar los saldos que reposan en su cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, y se condene en costas a las demandadas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones expuso que nació el 06 de septiembre de 1963, estuvo inicialmente afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. en el año 1994, cuando un asesor comercial del fondo privado se presentó a su lugar de trabajo proclamando las bondades del RAIS, brindando asesoría general, superflua e incompleta, sin efectuar un análisis de sus condiciones particulares, y omitiendo informar cuáles eran las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que podría eventualmente pensionarse; que se trasladó a la AFP DAVIVIR S.A., hoy AFP PROTECCIÓN S.A., pero tiempo después retornó a la AFP PORVENIR S.A., traslados para los que tampoco recibió asesoría sobre las condiciones del RAIS, y sus diferencias con el RPMPD. Finalmente, indicó que en COLPENSIONES E.I.C.E. podría pensionarse con una mesada de \$3.926.208, mientras que la AFP PORVENIR S.A. proyectó el reconocimiento de la prestación por valor de \$2.657.451.

1.1. Trámite de Primera Instancia

La demanda se admitió el 28 de mayo de 2019 (doc.04, carp.01), y se notificó al Procurador Judicial para los Asuntos del Trabajo y de la Seguridad Social, el 08 de julio de 2019 (doc.05, carp.01), a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, el 08 de julio 2019 (doc.06, carp.01), a COLPENSIONES E.I.C.E. el 09 de julio de 2019 (doc.07, carp.01), a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 11 de septiembre de 2019 (doc.11, carp.01), y a la AFP PORVENIR S.A., el 26 de noviembre de 2019 (doc.18, carp.01).

COLPENSIONES E.I.C.E., presentó contestación el 29 de julio de 2019 (docs.09-10, carp.01), misma en la que admitió que la señora ADRIANA MARÍA SANÍN RAMÍREZ nació el 06 de septiembre de 1963, y estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo que a la actora le faltan 10 años o menos para cumplir la edad par a tener derecho a la pensión, y que cualquier vicio del que adolezca el acto jurídico del traslado, se saneó por el transcurso del tiempo. De consiguiente, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, imposibilidad de condena en costas, y buena fe.

Por su parte, la AFP PROTECCIÓN S.A. contestó el 26 de septiembre de 2019 (docS.14-15, carp.01), en cuya réplica aceptó que la señora ADRIANA MARÍA SANÍN RAMÍREZ nació el 06 de diciembre de 1963, se afilió a la AFP DAVIVIR S.A., hoy AFP PROTECCIÓN S.A., el 17 de

septiembre de 1998, y se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 18 de septiembre del 2000. Sostuvo que sus asesores son permanentemente capacitados y cuentan con el conocimiento técnico y la lealtad suficiente para orientar en debida forma a los posibles afiliados; que la actora fue asesorada sobre el Sistema General de Pensiones, como las características que diferencian al RPMPD del RAIS, entre ellas, la forma en la que se adquiere la pensión de vejez, las consecuencias del traslado, y todos los aspectos necesarios para que el actor tuviera claridad respecto de su panorama pensional. Como colofón, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y de mérito excepcionó 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.

Finalmente, la AFP PORVENIR S.A. radicó contestación el 12 de diciembre de 2019 (docs.19-20, carp.01), misma en la que sostuvo que la afiliación de la demandante a su representada lo fue de forma libre, voluntaria e informada, puesto que recibió asesoría verbal, clara, suficiente y veraz, la cual se materializó con la suscripción del formulario de vinculación. De forma subsecuente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, excepcionando de fondo la prescripción, la prescripción de la prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

1.2. Sentencia de Primera Instancia

La controversia planteada se dirimió en primera instancia el 08 de marzo de 2022 (docs.28-29, carp.01) por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia en la que se declaró la ineficacia de la afiliación de la señora ADRIANA MARÍA SANÍN RAMÍREZ a la AFP PORVENIR S.A., así como su posterior traslado a la AFP PROTECCIÓN S.A., y nuevamente a la AFP PORVENIR S.A.; se ordenó a COLPENSIONES E.I.C.E. tener a la demandante como su afiliada, y a consolidar en su historia laboral todo el tiempo cotizado al Sistema General de Pensiones; se condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar al RPMPD todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo además de los aportes y rendimientos financieros; se condenó a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a trasladar de su propio peculio y debidamente indexados, los valores destinados a los gastos de administración previstos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; se declararon no probas las excepciones de fondo propuestas por las codemandadas; y se condenó en costas a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., en favor de la demandante.

Para sustentar su decisión, el cognoscente de primer grado razonó que los fondos privados tenían la obligación de brindarle al actor la información suficiente, clara y veraz, sobre las

diferencias entre el RPMPD y el RAIS, que la carga de la prueba se invirtió en favor del 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 financieros, sino también de lo descontado de los aportes por concepto de gastos de administración, debidamente indexados, siendo que los mismos no se capitalizaron.

1.3. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión antes descrita, el apoderado judicial de la AFP PROTECCIÓN S.A. (minuto 01:46:20 doc.29, carp.01), interpuso el recurso de apelación, en procura de que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, en lo relativo al traslado de las comisiones de administración, aduciendo que las mismas fueron descontadas por expresa autorización legal, con el fin de sufragar las primas del seguro previsional; que fue con base en la gestión realizada por la entidad que se generaron los rendimientos financieros que también se habrán de trasladar, y porque dicha condena constituye un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, administradora que recibirá unos dineros que no están destinados a la financiación de la pensión de vejez, y que por lo tanto, también son objeto de prescripción, tal y como lo conceptuó la Superintendencia Financiera de Colombia.

Por su parte, la apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A., también impetró el recurso de alzada (minuto 01:49:20 doc.29, carp.01), en orden a que se revoque íntegramente la sentencia de primer grado, y en su lugar, se absuelva a su representada de las pretensiones incoadas, arguyendo que no existieron razones fácticas o jurídicas para la declaratoria de la ineficacia del traslado al RAIS, siendo que la decisión de la afiliada se dio de manera espontánea, previo cumplimiento del deber de información que le asistía a su prohiada, y que el funcionamiento del RAIS está previsto en la Ley 100 de 1993, sin que el desconocimiento de la misma sirva de exclusiva para pretender la ineficacia del traslado. Subsidiariamente, solicitó se revoque la condena de devolución de los gastos de administración, siendo que los mismos tienen destinación específica y cumplieron con su cometido, habiéndose prestado el servicio contratado de manera efectiva.

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 integridad bajo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la antedicha entidad.

1.5. Trámite de Segunda Instancia

Los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se admitieron el 28 de junio 2022 (doc.02, carp.02), y mediante proveído del 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 COLPENSIONES E.I.C.E. alegó el 06 de julio de 2022 (doc.04, carp.02), solicitando la revocatoria de la sentencia de primer grado, en cuyo sustento manifestó que a la actora le faltan diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, y permaneció voluntariamente afiliada al RAIS, incluso trasladándose entre diferentes fondos de pensiones. En subsidio, solicitó se confirme la orden de trasladar los aportes, rendimientos y gastos de administración.

La poderhabiente judicial de la AFP PORVENIR S.A., alegó el 13 de julio de 2022 (doc.06, carp.02), en función de perseguir la revocatoria integral de la sentencia de primera instancia, arguyendo que su representada cumplió con el deber de información establecido para la época del traslado, el cual se materializó con la suscripción del formulario de afiliación; que la demandante tuvo la oportunidad de retornar al RPMPD y no lo hizo, ratificando su voluntad de permanecer vinculada al RAIS. Expuso que la diferencia en el monto de la mesada pensional no genera la ineficacia del traslado de régimen, la entrega de información documentada no era una obligación vigente para la época del traslado, la obligación del buen consejo solo se originó en el año 2010; que la accionante no cumplió con el deber de diligencia y cuidado en los negocios, y que la ignorancia o desconocimiento de la normatividad que reglamenta el RAIS no sirve de excusa. En subsidio, solicitó que no se condenara al traslado de las cuotas de administración ni las primas del seguro previsional.

Finalmente, se observa que los apoderados judiciales de ADRIANA MARÍA SANÍN RAMÍREZ y la AFP PROTECCIÓN S.A. se abstuvieron de presentar alegatos de conclusión.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., 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 surtir la revisión de la sentencia bajo el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES E.I.C.E.

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 ADRIANA MARÍA SANÍN RAMÍREZ al régimen de ahorro individual con solidaridad resulta ineficaz, efecto para el que habrá de establecerse si en el momento en que se surtió el traslado de régimen pensional, los fondos privados demandados le garantizaron 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 ADRIANA MARÍA SANÍN RAMÍREZ, por no haberse acreditado que las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., le hubieren brindado información completa oportuna, clara y veraz, sobre los efectos que acarrearía el acto jurídico del traslado de régimen pensional; pero la modificará en el sentido de disponer que además de trasladar los aportes, los rendimientos financieros, y las cuotas de administración, las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., de su propio peculio también deberán trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., las sumas que hubiere descontado de las cotizaciones para sufragar las primas del seguro previsional y los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debidamente indexadas.

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) el (la) afiliado (a) 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) 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 la afiliada sea beneficiario 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 ADRIANA MARÍA SANÍN RAMÍREZ nació 06 de diciembre de 1963 (pág.46, doc.03, carp.01), se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 01 de enero de 1996 (págs.82,128-131, doc.03, carp.01; págs.01-04, doc.10, carp.01), se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 04 de junio de 1996 (pag.52, doc.03, carp.01; pag.26, doc.20, carp.01); posteriormente, se trasladó a la AFP DAVIVIR S.A., hoy AFP PROTECCIÓN S.A., el 17 de septiembre de 1998 (pág.78, doc.03, carp.01; pag.15, doc.15, carp.01), y se trasladó de nuevo a la AFP PORVENIR S.A. el 18 de septiembre del 2000 (pág.53, doc.03, carp.01; pag.25, doc.20, carp.01). Tampoco se discute que el 26 de abril de 2019 la AFP PORVENIR S.A. (págs.47-51, 54-55, doc.03, carp.01), previa solicitud radicada por la accionante el 12 de abril de 2019 (pág.43, doc.03, carp.01), proyectó que la actora se pensionaría a los 57 años de edad con una mesada de \$1.480.500, mientras que en el RPMPD habría causado una mesada de \$4.203.200. En igual sentido, se encuentra acreditado que el 12 de abril de 2019 la actora le solicitó a COLPENSIONES E.I.C.E. (pág.41, doc.03, carp.01), a la AFP PORVENIR S.A. (pag.42, doc.03, carp.01), y a la AFP PROTECCION S.A. (pag.45, doc.03, carp.01) autorizar su retorno al RPMPD, previa declaratoria de la nulidad de su afiliación al RAIS, petición que fue desestimada por COLPENSIONES E.I.C.E. el 23 de abril de 2019 (págs.56-58, doc.03, carp.01), y por la AFP PROTECCIÓN S.A. el 08 de mayo de 2019 (págs.134-136, doc.03, carp.01). Finalmente, se encuentra acreditado que actualmente la demandante cuenta con 58 años

de edad (pág.46, doc.03, carp.01), 1.202 semanas cotizadas (págs.04-20, doc.20, carp.01), y \$371.727.762 acumulados en su cuenta de ahorro individual (04-20, doc.20, 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, el afiliado (a) 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 del 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 el afiliado, 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 ADRIANA MARÍA SANÍN RAMÍREZ se trasladó de régimen pensional, 04 de junio de 1996 (pag.52, doc.03, carp.01; pag.26, doc.20, 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 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 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 (pag.26, doc.20, 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 a la afiliada demandante, previo de efectuarse el traslado de régimen pensional, y afirme que la información solo le fue

brindada de manera verbal, deja entrever una clara contravención de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegar un formato pre-impreso de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que la Superintendencia Financiera de Colombia indica deben reunirse, sino que se requiere acreditar la efectiva asesoría integral brindada en la antesala del traslado de régimen, ilustrando al interesado sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, con la observación de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima debían efectuarse aportes voluntarios superiores a las deducciones de ley por cotizaciones; que para causar la pensión de vejez se debe contar con una suma dineraria mínima en la cuenta de ahorro individual; que la existencia de eventuales beneficiarios por sobrevivencia incrementan dicha suma mínima requerida, entre otras particularidades, en razón a que la asesoría no solo debe estar encaminada a persuadir 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 acompañe con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

De igual forma se advierte que, aunque en el interrogatorio de parte rendido por la señora ADRIANA MARÍA SANÍN RAMÍREZ (desde el minuto 22:50 doc.29, carp.01), ésta admitió que había suscrito los formularios de afiliación a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., no puede soslayar la Sala que el deber de información solo se satisface con la evidencia de que la decisión del 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 recibió previo a la suscripción del formulario de afiliación y traslado a la AFP PORVENIR S.A. fue grupal y tuvo una duración de 10 a 15 minutos, durante los cuales le explicaron que el Seguro Social se acababa, y que con los fondos privados tenían la opción de pensionarse más jóvenes; que los posteriores traslados a las AFP PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. se surtieron bajo las mismas condiciones, atendiendo las indicaciones brindadas en cada momento por el empleador, sin ser consciente de que se estaba trasladando de administradora pensional, y que aunque recibía los extractos de la cuenta de ahorro individual, nunca entendió el contenido de los mismos.

También es del caso resaltar que la AFP PORVENIR S.A. ni la AFP PROTECCIÓN S.A. desplegaron actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el asesor que atendió a la accionante en el momento en el que se produjo el traslado de régimen pensional, cumpliera con su deber legal de suministrar información clara, completa y comprensible al potencial afiliada, quebrantándose así lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994. *A contrario sensu*, la falta de soporte documental de que trata el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, permite inferir que el traslado de régimen pensional no se ciñó a los parámetros legales y

jurisprudenciales, sin que resulten relevantes las manifestaciones ambiguas y generales realizadas por el extremo activo en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las argumentaciones referidas al nivel académico de la accionante en un tema de tan especial y de alta complejidad, ni las referencias a que la afiliada no realizó indagaciones de su situación pensional por su cuenta, en tanto el deber de brindar tal información corresponde *ope legis* a la administradora de fondos de pensiones, y no a la 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 impediende 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 ADRIANA MARÍA SANÍN RAMÍREZ 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 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"; 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 integral las cotizaciones efectuadas, viéndose favorecida tanto la AFP PORVENIR S.A. como 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 detraído, 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 PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. hubieren recibido con ocasión de la afiliación de la señora ADRIANA MARÍA SANÍN RAMÍREZ, 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, 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 el mismo 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 *ex officio*, 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 modificará en el sentido de disponerse expresamente que además de trasladar los aportes, los rendimientos financieros, y las cuotas de administración, las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., también deberán trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E. las sumas que hubieren descontado de las cotizaciones efectuadas por la demandante para sufragar las primas del seguro previsional y los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, 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 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 del capital de financiación para el reconocimiento de esta, 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 confirmará la sentencia de primer grado, en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la señora ADRIANA MARÍA SANÍN RAMÍREZ, por no haberse acreditado que las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., le hubiere brindado información completa oportuna, clara y veraz, sobre los efectos que acarrearía el acto jurídico del traslado de régimen pensional; pero la modificará en el sentido de disponer que además de trasladar los aportes, los rendimientos financieros, y los gastos de administración, las AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN S.A., deberán trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E. las sumas que hubiere descontado de la cotización para sufragar las primas del seguro previsional y los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, descuentos que habrán de devolverse debidamente indexados.

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 las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN 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 ADRIANA MARÍA SANÍN RAMÍREZ, 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 permitido. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E., teniendo en cuenta que la sentencia se analizó integralmente a su favor, en virtud al grado jurisdiccional de consulta.

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

4. RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 08 de marzo de 2022, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por ADRIANA MARÍA SANÍN RAMÍREZ en contra de la AFP PORVENIR S.A., la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., el cual quedará del siguiente tenor literal:

***“SEGUNDO:** CONDENAR a las AFP PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A., si aún no lo ha hecho, 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 durante aquella, que obren en su cuenta de ahorro individual, tales como las cotizaciones y los rendimientos financieros, así como lo descontado sobre los aportes efectuados, por los rubros de comisiones de administración, primas para el 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 deberán asumir con cargo a su propio patrimonio, y que deberán devolver debidamente indexados.*

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. fijándose como agencias en derecho, en favor de ADRIANA MARÍA SANÍN RAMÍREZ, y a cargo de cada uno de los fondos privados, la suma de \$1.000.000, que corresponde a un (1) SMMLV. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E.

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

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

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


VÍCTOR HUGO ORIUELA GUERRERO
Magistrado Ponente



MARÍA 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