



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-021-2020-00223-01 (O2-22-314)
Demandante: JOSÉ LUÍS RESTREPO ZULETA
Demandadas: AFP PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES E.I.C.E.
Procedencia: JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No.230 DEL 31 DE OCTUBRE DE 2022
Asunto: INEFICIACIA DEL TRASLADO RPMPD-RAIS

En Medellín, a los treinta y un (31) días del mes de octubre 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 instaurado por **JOSÉ LUÍS RESTREPO ZULETA** contra la **AFP PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES E.I.C.E.**, conocido bajo el radicado único nacional 05001-31-05-021-2020-00223-01 (O2-22-314), en punto a resolver el Recurso de Apelación impetrado por la AFP PORVENIR S.A., y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES E.I.C.E., respecto de la sentencia que finiquitó la primera instancia, proferida el 24 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintiuno 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 JOSÉ LUÍS RESTREPO ZULETA, actuando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., a fin de que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, se ordene su regreso automático

al RPMPD, se condene a la AFP PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES E.I.C.E. todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, y a pagarle una reserva actuarial que garantice el financiamiento del monto vitalicio de la pensión de vejez que llegare a causarse, y el reconocimiento y pago de los gastos y costas del juicio.

En respaldo a las pretensiones formuladas expuso que laboró al servicio del MUNICIPIO DE MEDELLÍN entre el 01 de agosto de 1983 y el 07 de agosto de 1984, y al servicio de LA NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL, entre el 01 de enero de 1994 y el 28 de noviembre de 1994, sin cotizaciones al ISS, se afilió al RPMPD el 07 de marzo de 1985, y se trasladó a la AFP HORIZONTE S.A., hoy AFP PORVENIR S.A. en diciembre de 1995, con ocasión de los engaños y falsas informaciones brindadas por los asesores comerciales del fondo privado, quienes les explicaron a él, y a sus compañeros de trabajo, que si permanecían afiliados la ISS correrían el riesgo de que la entidad entrara en quiebra y cesara el pago de las pensiones, que podría pensionarse en el momento que quisiera, sin referirse a los requisitos que debía acreditar para el efecto; que la mesada pensional en cualquier caso sería superior a la prevista en el RPMPD, y que en todo momento podía retirar el dinero depositado en la CAI; que nunca le informaron cómo se redimiría el bono pensional, la posibilidad que tenía de retractarse de la afiliación o de retornar al RPMPD, y que no le hicieron proyecciones pensionales. Aseveró que en junio de 2019 la AFP PORVENIR S.A. proyectó que con una fidelidad del 100% podría pensionarse a los 76 años de edad, con una mesada pensional de \$1.184.700, la cual sería de \$2.774.100 en el RPMPD, que según sus cálculos en COLPENSIONES E.I.C.E. podría pensionarse a los 62 años de edad, con una mesada de \$1.740.231, y que en julio de 2020 reclamó administrativamente la ineficacia del traslado ante COLPENSIONES, petición que fue declarada improcedente el 07 de julio de 2020

1.1. Trámite de Primera Instancia

La demanda se admitió el 12 de enero de 2021 (doc.06, carp.01), y se notificó a COLPENSIONES E.I.C.E. el 18 de febrero de 2021 (doc.08, carp.01), a la AFP PORVENIR S.A. el 18 de febrero de 2021 (doc.09, carp.01), a la Procuradora Judicial para los Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, el 23 de agosto de 2021 (docs.18-19, carp.01), y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, el 23 de agosto de 2022 (doc.20, carp.01).

La AFP PORVENIR S.A. contestó el 02 de marzo de 2021 (doc.13, carp.01), escrito en el que sostuvo que sus asesores le explicaron al señor JOSÉ LUÍS RESTREPO ZULETA las características, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, con el propósito de que eligiera el que mejor se ajustara a sus intereses, que le brindó información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz sobre las condiciones, características, requisitos y funcionalidad

del RAIS y del RPMPD, siendo el demandante el que finalmente tomó la decisión libre, voluntaria e informada de vincularse al régimen que administra. En su defensa, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y de fondo excepcionó la prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Por su parte COLPENSIONES E.I.C.E. presentó contestación el 04 de marzo de 2022 (doc.10, carp.01), misma en la que admitió que el señor JOSÉ LUÍS RESTREPO ZULETA laboró al servicio del MUNICIPIO DE MEDELLÍN entre el 01 de agosto de 1983 y el 07 de agosto de 1984, y al servicio de LA NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL, entre el 01 de enero de 1994 y el 28 de noviembre de 1994, sin cotizaciones al ISS; se afilió al RPMPD el 07 de marzo de 1985, y le solicitó retornar al RPMPD, petición que fue desestimada el 06 de julio de 2020. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones por carecer de fundamentación fáctica, legal y probatoria, arguyendo que no existió vicio en el consentimiento brindado por el demandante al momento de trasladarse de régimen, ni menoscabó sus derechos fundamentales, siendo que el mismo pretendió beneficiarse de las características propias del RAIS; que el traslado del actor se realizó de forma libre y voluntaria, y en cumplimiento de la legislación vigente; y que la accionante se encuentra inmersa en una prohibición legal de traslado, en razón de la edad. Propuso las excepciones de fondo que denominó carga dinámica de la prueba – particularidades del caso, inexistencia de vicio en el consentimiento, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho de afiliación al RPMPD, falta de causa para demandar, falta de interés en su vida pensional, buena fe de Colpensiones, mala fe del demandante, devolución de cuotas de administración, seguros previsionales y comisiones indexados, imposibilidad de condena en costas, prescripción y compensación.

1.2. Sentencia de Primera Instancia

La controversia planteada se dirimió en primera instancia el 24 de agosto de 2022 (docs.24,27, carp.01), por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia en la que se declaró la ineficacia de la afiliación del señor JOSÉ LUÍS RESTREPO ZULETA al RAIS, y su afiliación al RPMPD sin solución de continuidad; se ordenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E. el saldo de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos financieros, los aportes del fondo de garantía de pensión mínima, las cuotas de administración, y las sumas del seguro previsional, indexados al momento del pago; se declaró probada la excepción de ausencia de prueba de vicio en el consentimiento, e improbadas las demás excepciones impetradas; y se condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A. en favor del demandante.

Para sustentar su decisión, el cognoscente de primer grado argumentó que al fondo privado le concernía la obligación de brindarle al actor información suficiente, clara y veraz, sobre las diferencias existentes entre el RPMPD y el RAIS, que la carga de la prueba en estos casos se invierte en favor de los afiliados, sin que se hubiere acreditado que la accionada le brindara tal información al demandante, y que los efectos de la declaratoria de la ineficacia, conlleva al traslado, no solo de los aportes y rendimientos, sino también de lo descontado por gastos de administración, seguros previsionales y garantía de la pensión mínima, rubros que deberá asumir con cargo a su propio patrimonio, y cancelar debidamente indexados en la medida en la que no se capitalizaron.

1.3. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión antes descrita, la apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A. (minuto 00:15, doc.28, carp.01), interpuso el recurso de apelación en el propósito de que se revoque íntegramente el fallo de primer grado, considerando que para el traslado de régimen pensional del demandante se cumplieron los presupuestos normativos vigentes para la época, que su representada confió de manera legítima en que el formulario de afiliación evidenciaba la asesoría brindada previo al traslado, siendo que el mismo fue diseñado por las Superintendencia Bancaria; que el demandante ha permanecido afiliado al RAIS, dejando claro su deseo de permanecer afiliado a dicho régimen; que la liquidación del ISS era un hecho notorio, publicitada por los diferentes medios de comunicación; que el monto proyectado sobre la mesada no es óbice para entender que no se cumplió con el deber de información, y que la entidad no estaba facultada para disponer la solicitud de traslado suscrita por el demandante. En defecto de lo anterior, solicitó revocar la orden para trasladar los gastos de administración y los seguros previsionales, en razón a que los mismos están autorizados por la normativa que rige la materia, fueron destinados a generar los rendimientos financieros que también se ordenaron trasladar, y cubrir los riesgos de la invalidez y la muerte.

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 íntegramente a su favor, en sede del grado jurisdiccional de consulta.

1.5. Trámite de Segunda Instancia

Los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se admitieron el 05 de septiembre de 2022 (doc.02, carp.02), y mediante proveído del día 12 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 13 de la Ley 2213 de 2022, presentaran los alegatos de conclusión por escrito, si a bien lo tuvieran.

La AFP PORVENIR S.A. alegó el 20 de septiembre de 2022 (doc.04, carp.02) en orden a que se revoque el fallo de primer grado, y se le absuelva de las pretensiones incoadas, arguyendo que el formulario de afiliación da cuenta de la calidad de la información brindada al accionante, que para la época no era obligatorio proyectar el monto de la mesada pensional, ni brindar doble asesoría, que la motivación del actor para retornar al RPMPD proviene de un interés netamente económico. Expresó además que la accionante incumplió con el deber de diligencia y cuidado que le correspondía respecto de sus propios negocios; que los gastos de administración tienen destinación específica, y ya cumplieron su cometido, siendo improcedente que se ordene su devolución, lo que además constituye un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, y que, como su representada siempre actuó de buena fe, no es procedente que se le condene al pago de las costas de proceso.

Por su parte, COLPENSIONES E.I.C.E. alegó el 26 de septiembre de 2022 (doc.05, carp.02), a efectos de que se revoque la sentencia de primer grado, y se absuelva a su prohijada de las pretensiones incoadas, aduciendo que el traslado de régimen pensional del demandante se efectuó en ejercicio del legítimo derecho a la libre escogencia de régimen, y fue válido y produjo efectos jurídicos; que a el actor le faltan diez años o menos para cumplir la edad y tener derecho a la pensión de vejez, y que el mismo nunca tuvo interés en su situación pensional, razón por la cual no retornó al RPMPD en un término oportuno.

Por su parte, el apoderado judicial de JOSÉ LUÍS RESTREPO ZULETA no alegó 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 la AFP PORVENIR S.A., advirtiéndose que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del CPTSS, el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de la alzada; a la par de revisarse integralmente 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 el señor JOSÉ LUÍS RESTREPO ZULETA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., 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 definir 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 del señor JOSÉ LUÍS RESTREPO ZULETA, 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 por cuanto ordenó el traslado de las cotizaciones, los rendimientos financieros, además de los gastos de administración, las primas del seguro previsional, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, rubros estos últimos que se ordenó devolver debidamente indexados, siendo que los mismos no se capitalizaron.

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 las pretensiones formuladas 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 recepta 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 beneficiaria o no del régimen de transición, o que esté próxima o no a pensionarse (SL-3202 del 14-07-2021 – Subrayas de la Sala).

Previo a dirimir la controversia planteada, se advierte que no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos: que el señor JOSÉ LUÍS RESTREPO ZULETA nació el 03 de febrero de 1955 (pág.35, doc.03, carp.01), laboró al servicio del MUNICIPIO DE MEDELLÍN entre el 01 de agosto de 1983 y el 07 de agosto de 1984, y al servicio de LA NACIÓN – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL, entre el 01 de enero de 1994 y el 28 de noviembre de 1994, sin cotizaciones al ISS (págs.28-33, doc.03, carp.01), se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 07 de marzo de 1985 (págs.24-27, doc.03, carp.01; págs.19-22, doc.10, carp.01), y se trasladó a la AFP HORIZONTE S.A., hoy AFP PORVENIR S.A. el 14 de diciembre de 1995 (pág.17, doc.03, carp.01; pág.50, doc.13, carp.01). Tampoco se discute que el 10 de junio de 2019 la AFP PORVENIR S.A. proyectó que si el señor JOSÉ LUÍS RESTREPO ZULETA no volvía a cotizar no se pensionaría en el RAIS ni el RPMPD, incluso a los 68 años de edad, y que si continuaba cotizando los doce meses del año, a los 76 años de edad accedería a una pensión de \$1.184.700 en el RAIS, prestación que en el RPMPD alcanzaría los \$2.771.100 (págs.69-72, doc.13, carp.01); que el 06 de julio de 2020 el actor le solicitó a COLPENSIONES E.I.C.E. declarar la ineficacia de su traslado al RAIS, y aceptar su retorno al RPMPD (págs.1-13, doc.03, carp.01), petición que denegada por improcedente el día 07 del mismo mes y año (págs.14-16, doc.03, carp.01). En último término, se encuentra probado que el señor JOSÉ LUÍS RESTREPO ZULETA, en la actualidad, cuenta con 57 años de edad (pág.22,

doc.03, carp.01), 762 semanas cotizadas (págs.31-35, doc.13, carp.01), y \$125.394.734 acumulados en la cuenta de ahorro individual (págs.43-43, doc.13, 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 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 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. Como colofón de ello, 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.

Ahora bien, conviene precisar que para la fecha en que el señor JOSÉ LUÍS RESTREPO ZULETA se trasladó de régimen pensional el 14 de diciembre de 1995 (pág.17, doc.03, carp.01; pág.50, doc.13, carp.01), la AFP HORIZONTE S.A., hoy 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 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) -Subrayas de la Sala-, de todo lo cual, lo único que allegó fue el formulario de afiliación (pág.50, doc.13, carp.01), documental que no refleja de manera alguna que a la promotora del juicio se le hubiere prestado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP PORVENIR S.A., otrora AFP HORIZONTE S.A., hubiere cumplido con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, ya que 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 afiliado por parte de la

AFP HORIZONTE S.A., 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 filiada 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 observa que, aunque en el interrogatorio de parte rendido por el señor JOSÉ LUÍS RESTREPO ZULETA (desde el minuto 08:00, doc.25, carp.01), éste admitió que había suscrito los formularios de afiliación a la AFP HORIZONTE S.A., hoy AFP PORVENIR S.A., 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 PORVENIR S.A., máxime si se tiene en cuenta que, por el contrario, el demandante expresó que las asesoras de la AFP HORIZONTE S.A. le manifestaron que el ISS se iba a acabar como administradora de pensiones y prestadora de servicios de salud, que si no se trasladaba quedaría desprotegido, que las pensiones seguirían siendo lo mismo. Al final, anotó que no le informaron que podría pensionarse de forma anticipada, o que sus aportes podían heredarse, y que solo en los últimos días se dio cuenta que los fondos privados y el fondo público no eran lo mismo.

También es del caso resaltar que la AFP PORVENIR S.A. no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el asesor de la AFP HORIZONTE S.A. 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 los traslados de régimen pensional no se ciñeron 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 a el 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 impartirse confirmación a la decisión de instancia, en cuanto dispuso la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, sin solución de continuidad.

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 ello, 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 afiliado el señor JOSÉ LUÍS RESTREPO ZULETA 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 los aquí analizados, adoctrino *"... De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. [...] a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria*

de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado", y en tanto que al abordar el tema de las implicaciones y consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, el máximo tribunal de esta jurisdicción precisó:

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

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

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

Así pues, la ineficacia del traslado conlleva precisamente a que el fondo privado de pensiones devuelva todas las cotizaciones que hubiere recibido, incluyendo lo correspondiente al porcentaje que por gastos o comisión de administración haya descontado de las cotizaciones, así como también lo descontado para cubrir los aportes al fondo de garantía de pensión mínima (artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, Sentencia SU-062 de 2010) y los gastos de la aseguradora (primas previsionales), pues carecería de sentido y objeto la declaratoria de ineficacia por la falta de la información exigida, de no trasladarse de manera íntegra las cotizaciones efectuadas, viéndose favorecida 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 materializado, 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 del señor JOSÉ LUÍS RESTREPO ZULETA, 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 en cuanto, la misma no corresponde a una condena adicional, sino que comporta 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, en el mismo precedente judicial se enuncia que la actualización monetaria debe ordenarse, incluso de manera oficiosa, en los siguientes términos: “... 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 la sentencia de primer grado, en cuanto ordenó el traslado de las cotizaciones, los rendimientos financieros, las comisiones de administración, las primas del seguro previsional, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, junto con la indexación de los rubros descontados de la cotización, siendo que los mismos 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 al sistema pensional de manera íntegra, y al tratarse de un asunto íntimamente ligado con la materialización del derecho a la pensión de vejez como a la conformación del capital y réditos necesarios para su reconocimiento, 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 confirmará la sentencia de primer grado, en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional del señor JOSÉ LUÍS RESTREPO ZULETA, 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 de las cotizaciones, los rendimientos financieros, las comisiones de administración, las primas del seguro previsional, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, junto con la indexación de los dineros descontados de la cotización, amén de que los mismos no fueron objeto de capitalización alguna.

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 habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación propuesto, 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 JOSÉ LUÍS RESTREPO ZULETA, 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., siendo 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por JOSÉ LUÍS RESTREPO ZULETA en contra de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. fijándose como agencias en derecho, en favor de JOSÉ LUÍS RESTREPO ZULETA, la suma de \$1.000.000. 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 de lo decidido en la Secretaría de la Sala, previa anotación en el registro respectivo, y **DEVUÉLVASE** el expediente 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


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