



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-012-2021-00184-01 (O2-22-293)
Demandante: MARÍA CONSUELO GÓMEZ PINEDA
Demandadas: AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.
Procedencia: JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No.229 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 **MARÍA CONSUELO GÓMEZ PINEDA** contra la **AFP PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES E.I.C.E.**, conocido bajo el radicado único nacional 05001-31-05-012-2021-00184-01 (O2-22-293), 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 selló la primera instancia, proferida el 15 de julio de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín.

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

1. ANTECEDENTES

La señora MARÍA CONSUELO GÓMEZ PINEDA, actuando por intermedio de apoderado 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 y/o inexistencia de su traslado al

RAIS, se declare que ha estado afiliada al RPMPD sin solución de continuidad, se ordene a la AFP PORVENIR S.A. trasladar los aportes recibidos, junto con la rentabilidad y el porcentaje de administración descontado, debidamente indexado, se ordene a COLPENSIONES E.I.C.E. actualizar la historia laboral, y se condene en costas a las entidades demandadas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones expuso que nació el 09 de septiembre de 1965, se afilió al RPMPD antes del 01 de abril de 1994, y se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. sin que los asesores de la entidad le hubieran realizado un estudio individual y personalizado de su caso concreto, y sin que le hubieran explicado cuáles eran las características que diferencian ambos regímenes pensionales, ni las condiciones que debía acreditar para pensionarse en el RAIS, ni las modalidades de pensión que se contemplan en el régimen, ni la incidencia de la edad de su cónyuge/compañero en la liquidación de la mesada, ni la prohibición de retornar al RPMPD cuando le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad mínima. Finalmente, aseveró que la AFP PORVENIR S.A. le informó que no podría acceder a la pensión de vejez, porque no tenía el capital necesario, pero se encuentra dispuesta a cotizar las 1.300 semanas que exige el RPMPD para causar el derecho a la prestación.

1.1. Trámite de Primera Instancia

La demanda se admitió el 02 de agosto de 2021 (doc.05, carp.01), y se notificó el 03 de mayo de 2022 a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, al Procurador Judicial para los Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, y a la AFP PORVENIR S.A. (doc.07, carp.01).

COLPENSIONES E.I.C.E. presentó contestación el 21 de febrero de 2021 (doc.06, carp.01), misma en la que admitió que la señora MARÍA CONSUELO GÓMEZ PINEDA nació el 09 de septiembre de 1965, y se afilió al RPMPD antes del 01 de abril de 1994. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones por carecer de fundamentación fáctica, legal y probatoria, y en su lugar, sostuvo que el traslado de la demandante se realizó de forma libre y voluntaria, y que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado en razón de la edad. Subsidiariamente, petitionó que se ordene al fondo privado trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y lo descontado para la garantía de pensión mínima, las cuotas de administración, y la equivalencia del ahorro, debidamente indexados. En su defensa, propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la ineficacia en el traslado de régimen; indebida aplicación de las normas en materia de traslado pensional; carga dinámica de la prueba ponderada; errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 1604 del CC; alcance de los Decretos 663 de 1996 y 692 de 1994 en cuanto a la voluntad vertida en el formulario de afiliación desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema; prescripción; compensación;

desconocimiento del precedente jurisprudencial; buena fe; devolución de aportes debidamente indexados; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, e imposibilidad de condena en costas.

Por su parte, la AFP PORVENIR S.A. radicó escrito de contestación el 18 de febrero de 2022 (doc.08, carp.01), en la que aceptó que la señora MARÍA CONSUELO GÓMEZ PINEDA se afilió a la entidad el 05 de julio de 1994. Anotó que a la actora se le explicaron 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 informaron de manera clara, veraz, objetiva y oportuna sobre las condiciones, características, requisitos y funcionalidad del RAIS y del RPMPD, sin ninguna clase de acoso o información errada o engañosa, y que, en tal sentido, la demandante conoció las implicaciones y consecuencias de su decisión, y que, en todo caso, fue solo con la expedición de los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información. En consecuencia, 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.

1.2. Sentencia de Primera Instancia

La controversia planteada se dirimió en primera instancia el 15 de julio de 2022 (doc.12, carp.01), por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia en la que se declaró la ineficacia de la afiliación de la señora MARÍA CONSUELO GÓMEZ PINEDA al RAIS, entendiéndose para todos los efectos que ha estado afiliada al RPMPD sin solución de continuidad; se condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., el valor de la cuenta de ahorro individual de la actora, con los rendimientos financieros, incluyendo lo descontado por concepto de gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos; se ordenó a COLPENSIONES E.I.C.E. reactivar la afiliación de la actora al RPMPD sin solución de continuidad, a recibir los valores trasladados por el fondo privado, y a validar las semanas cotizadas en la historia laboral de la demandante; se declararon infundadas las excepciones formuladas; y se gravó en costas procesales a la AFP PORVENIR S.A. en favor de la actora.

Para sustentar su decisión, la 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 afiliadas, 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 01:57:50, link audiencia, doc.12, carp.01), interpuso el recurso de apelación en procura de que se revoque íntegramente el fallo de primer grado, arguyendo que la actora actuó con plena capacidad y conciencia al momento de suscribir el formulario de afiliación a la entidad, que su voluntad no estuvo viciada por engaño o error, que al fondo privado se le está exigiendo el cumplimiento de obligaciones que no existían para el momento en el que se surtió el traslado de régimen pensional, y que la expresión de voluntad en la afiliación consta en el formulario suscrito por la demandante; supletivamente solicitó se revoque la condena de trasladar los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, ya que los mismos fueron destinados a generar los rendimientos que obran en la cuenta de ahorro individual de la actora, y a cubrir los riesgos de la invalidez y la muerte de la demandante, puesto que los antedichos conceptos fueron trasladados y no hacen parte del patrimonio de la entidad.

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 en sede del grado jurisdiccional de consulta, y en favor de la misma entidad.

1.5. Trámite de Segunda Instancia

El recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se admitieron el 16 de agosto de 2022 (doc.02, carp.02), y mediante proveído del día 22 del mismo mes y año (doc.03, carp.02), se corrió traslado a las partes para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, presentaran los alegatos de conclusión por escrito, si a bien lo tuvieran.

COLPENSIONES E.I.C.E. alegó el 23 de agosto de 2021 (doc.04, carp.02), a efectos de que se revoque la sentencia consultada, y se absuelva a la entidad de las pretensiones incoadas, aduciendo que a la demandante le faltan diez (10) años o menos para cumplir la edad para

tener derecho a la pensión de vejez, que su traslado al RAIS se surtió en los términos previstos en la legislación que regía la materia para la época, que la actora no aportó ninguna prueba que demuestre fehacientemente los supuestos de hecho que alegó, que el silencio de la actora durante del transcurso del tiempo en el que ha estado afiliada al fondo privado debe interpretarse como una decisión consciente de permanecer en el RAIS. Añadió que la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado del RPMPMPD al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones. De manera supletiva, solicitó se mantenga en firme la condena referida al traslado de las cuotas de administración, los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

La AFP PORVENIR S.A. alegó el 29 de agosto de 2022 (doc.06, carp.02) en orden a que se revoque el fallo de primer grado, y sea 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 de la actora 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, a su criterio, 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 del proceso.

Finalmente, la señora MARÍA CONSUELO GÓMEZ PINEDA alegó el 06 de septiembre de 2022 (doc.08, carp.02), con miras a que se confirme la sentencia de primera instancia, siendo que la carga de la prueba recaía en cabeza del fondo privado, el cual no acreditó haberle suministrado la información requerida al momento del traslado, omisión que no se sana con el transcurso del tiempo, porque no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.

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 íntegramente 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 MARÍA CONSUELO GÓMEZ PINEDA 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 la antesala al acto jurídico de traslado de régimen pensional, el fondo privado le garantizó a la afiliada 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 de la señora MARÍA CONSUELO GÓMEZ PINEDA, 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 que ordenó el traslado de las cotizaciones, los rendimientos financieros, los gastos 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, 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 acoge el criterio jurisprudencial que antaño ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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) la afiliada 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) 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 – Subrayas de la Sala).

Previo a dirimir la controversia planteada, se advierte que no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos: que la señora MARÍA CONSUELO GÓMEZ PINEDA nació el 09 de septiembre de 1965 (pág.22, doc.03, carp.01), laboró al servicio del Hospital San Juan de Dios de El Santuario – Antioquia, entre el 01 de noviembre de 1985 y el 13 de mayo de 1988, sin cotizaciones al ISS (págs.38-39, doc.01, carp.01); se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 15 de junio de 1993 (págs.91-94, doc.06, carp.01; págs.82-85, doc.08, carp.01), se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 05 de julio de 1994 (pág.41, doc.06, carp.01), y se trasladó a la AFP HORIZONTE S.A., hoy AFP PORVENIR S.A., el 16 de enero de 1998 (pág.42, doc.06, carp.01).

Tampoco se discute que el 23 de septiembre de 2016 la actora diligenció un formulario de afiliación para retornar al RPMPD (pág.29, doc.06, carp.01), solicitud que fue desestimada en la misma fecha porque se encontraba a diez (10) años o menos del requisito de tiempo para pensionarse (pág.32, doc.01, carp.01); que el 14 de diciembre de 2020 le solicitó a COLPENSIONES E.I.C.E. (págs.23-26, doc.01, carp.01) y a la AFP PORVENIR S.A. (págs.27-30, doc.01, carp.01), declarar la nulidad de su traslado al RAIS, petición que fue denegada el 18 de diciembre de 2020 (págs.84-87, doc.06, carp.01), y el 08 de enero de 2021 (págs.88-93, doc.08, carp.01), respectivamente, por cada una de las entidades accionadas.

En último término, se encuentra acreditado que la actora actualmente cuenta con 57 años de edad (pág.22, doc.03, carp.01), 1.115 semanas cotizadas y \$58.911.618 acumulados en la cuenta de ahorro individual (págs.35-40, doc.08, 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, 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. 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 de la afiliada 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 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 (Subrayas de la Sala).

Ahora bien, conviene precisar que para la fecha en que la señora MARÍA CONSUELO GÓMEZ PINEDA se trasladó de régimen pensional el 05 de julio de 1994 (pág.41, doc.07, 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 todo lo cual, lo único que se allegó fue el formulario de afiliación (pág.41, doc.07, 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., 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 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 observa que, aunque en el interrogatorio de parte rendido por la señora MARÍA CONSUELO GÓMEZ PINEDA (desde el minuto 35:15, link audiencia, doc.12, carp.01), ésta admitió que había suscrito los formularios de afiliación a la AFP HORIZONTE, en primera instancia, y a la AFP PORVENIR S.A. a la que se fusionó, 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 se afilió a la AFP PORVENIR S.A. como requisito para suscribir un contrato de prestación de servicios con el Banco Interamericano de Desarrollo, que durante la afiliación al fondo privado no estuvo acompañada por un asesor, y simplemente le “cogieron” la firma en el formulario, y que se afilió a la AFP HORIZONTE S.A. en las mismas condiciones, esto es, como requisito para suscribir un contrato de prestación de servicios, esta vez, con la entidad territorial, sin habersele suministrado ninguna asesoría.

También es del caso resaltar que la AFP PORVENIR S.A., otrora HORIZONTE, no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el asesor que atendió al accionante en el momento en el que se produjo el traslado de régimen pensional, cumpliera con su deber legal de suministrar información clara, completa y comprensible al potencial 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 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 de la actora 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 cuanto dispuso la declaratoria de la ineficacia de la señora MARÍA CONSUELO GÓMEZ PINEDA a la AFP PORVENIR S.A., y su consiguiente traslado del RPMPD al RAIS, lo cual irradió su pretérita afiliación a la AFP HORIZONTE S.A., hoy AFP PORVENIR S.A., a la que se fusionó la primera en mención.

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 afiliada la señora MARÍA CONSUELO GÓMEZ PINEDA 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 entretanto, 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 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 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 deducido, 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 MARÍA CONSUELO GÓMEZ PINEDA, 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 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, conviene apuntalar que la actualización monetaria debe ordenarse, se itera, incluso de manera oficiosa, siguiendo el criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia SL-950-2022 atrás citada, en la que rememora: “... la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y

comisiones -debidamente indexados- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones [...]. De igual modo, la AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo en sus propios recursos".

Consecuentemente, 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, en la medida de que no fueron objeto de ninguna 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 reiterativo 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 de la señora MARÍA CONSUELO GÓMEZ PINEDA, 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.

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 la litigiosa por activa MARÍA CONSUELO GÓMEZ PINEDA, 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 en todas sus partes la sentencia proferida el 15 de julio de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por MARÍA CONSUELO GÓMEZ PINEDA 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 MARÍA CONSUELO GÓMEZ PINEDA, 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 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