



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-015-2020-00436-03 (O2-22-342)
Demandante: GERMÁN HUMBERTO ÁLVAREZ TORRES
Demandadas: AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.
Procedencia: JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No.248 DEL 21 DE NOVIEMBRE DE 2022
Asunto: INEFICIACIA DEL TRASLADO RPMPD - RAIS

En Medellín, a los veintiuno (21) días del mes de noviembre 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 05001-31-05-015-2020-00436-03 (O2-22-342), instaurado por **GERMÁN HUMBERTO ÁLVAREZ TORRES** contra la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES E.I.C.E.**, en punto a resolver el Recursos de Apelación impetrado por COLPENSIONES E.I.C.E., y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública accionada, respecto de la sentencia que selló la primera instancia, proferida el 01 de septiembre de 2022 por el Juzgado Quince 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 GERMÁN HUMBERTO ÁLVAREZ TORRES, actuando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al

RAIS, se ordene su retorno al RPMPD, se condene a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E. las cotizaciones y rendimientos que obran en su cuenta de ahorro individual, y se condene en costas a las entidades demandadas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, el señor GERMÁN HUMBERTO ÁLVAREZ TORRES expuso que nació el 02 de febrero de 1961, realiza aportes para pensiones desde el año 1985, inicialmente a través del RPMPD, y desde el año 1996 a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., a la cual se trasladó sin recibir ningún tipo de asesoría en la materia, teniendo en cuenta que sus asesores comerciales solo le entregaron el formulario de afiliación para que lo suscribiera, pero nunca le informaron cómo se calcularía la prestación pensional en el RAIS, ni que no podría retornar al RPMPD cuando faltaran 10 años o menos para cumplir la edad mínima para pensional. Informó que le solicitó a la AFP PROTECCIÓN S.A., el 06 de octubre de 2020, y COLPENSIONES E.I.C.E., el 13 de noviembre de 2020 el traslado de régimen pensional petición que fue desestimada por la AFP PROTECCIÓN S.A., el 15 de octubre de 2020, y por COLPENSIONES E.I.C.E. el 13 de noviembre de 2020, e indicó que cuenta con 59 años de edad y 1.247 semanas cotizadas en el sistema general de pensiones.

1.1. Trámite de Primera Instancia

La demanda se admitió el 10 de febrero de 2021 (doc.04), y se notificó el 04 de marzo de 2021 a COLPENSIONES E.I.C.E. (doc.06, carp.01) y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado (docs.07, carp.01) y a la Procuradora Judicial para los asuntos del trabajo y la seguridad social, el 12 de marzo de 2021 (doc.08).

La AFP PROTECCIÓN S.A. contestó el 05 de marzo de 2021 (doc.09, carp.01), acto en el que admitió que el señor GERMÁN HUMBERTO ÁLVAREZ TORRES nació el 02 de febrero de 1961, se afilió a la AFP COLMENA S.A., hoy AFP PROTECCIÓN S.A., el 23 de enero de 1996, le solicitó autorizar su traslado al RPMPD el 06 de octubre de 2020, tiene 59 años de edad, y acredita 1.264,29 semanas cotizadas para pensión. Sostuvo que previo al acto de afiliación, el actor recibió información clara, correcta, adecuada y suficiente sobre el Sistema General de Pensiones, y sobre las características que diferencian al RPMPD del RAIS, que la idea de que el ISS se acabaría porque estaba quebrado, y los aportes se perderían fue difundida por los medios de comunicación, y no por sus asesores. Acotó que para la fecha en la que se produjo el traslado no era posible prever el monto con el que se podría pensionar la demandante, y que fue la accionante quien decidió trasladarse de forma libre, voluntaria, sin fuerza, e informada, dejando constancia de su elección en el formulario de afiliación. Consecuentemente, 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.

Por su parte, COLPENSIONES E.I.C.E., presentó contestación el 24 de marzo de 2021 (doc.11, carp.01), misma en la que admitió que el señor GERMÁN HUMBERTO ÁLVAREZ TORRES nació el 02 de febrero de 1961, realizó aportes al sistema general en pensiones en el RPMPD desde el año 1985, y solicitó el retorno al RPMPD el 13 de noviembre de 2020, petición que fue desestimada en la misma fecha. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones arguyendo que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, que le faltan 10 años o menos para cumplir la edad mínima para tener derecho a la pensión de vejez, y que el traslado entre regímenes pensionales por fuera de los términos dispuestos por el legislador, afecta los periodos mínimos de carencia y con ello la estabilidad financiera del RPMPD. Consecuentemente con ello, propuso las excepciones de fondo que denominó aspectos legales y financieros que impiden el retorno del demandante al RPMPD, improcedencia de traslado de régimen para los pensionados de RAIS, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, prescripción y/o caducidad e imposibilidad de condena en costas.

1.2. Sentencia de Primera Instancia

La controversia planteada se dirimió en primera instancia el 01 de septiembre de 2022 (doc.37, carp.01), por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia en la que declaró la ineficacia de la afiliación del señor GERMÁN HUMBERTO ÁLVAREZ TORRES a la AFP PROTECCIÓN S.A.; condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E. las sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, las cotizaciones y rendimientos, sin incluir otros conceptos que no fueron solicitados en la demanda; se ordenó a COLPENSIONES E.I.C.E. recibir las sumas de dinero trasladadas, y reactivar la afiliación del actor en el RPMPD, de forma permanente y sin solución de continuidad; se declararon no probadas las excepciones incoadas; y se condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A. en favor del demandante.

Para sustentar su decisión, la cognoscente de primer grado argumentó que la AFP COLMENA S.A., hoy AFP PROTECCIÓN S.A., tenía la obligación de brindarle al actor información suficiente, clara y veraz, sobre las diferencias entre el RPMPD y el RAIS; que la carga de la prueba se invirtió en favor de afiliado, sin que se hubiere acreditado que el fondo privado le brindara tal información al demandante; y que es improcedente ordenar la devolución de las comisiones de administración, las primas del seguro previsional, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, considerando que ello no fue pretendido expresamente por el

accionante, y porque los fondos de pensiones actuaron de buena fe en la administración de los recursos, y realizaron dichos descuentos conforme a los lineamientos legales.

1.3. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión antes descrita, el vocero judicial COLPENSIONES E.I.C.E. (minuto 01:01:20, doc.35), impetró el recurso de apelación parcialmente, a efectos de que se ordene el reintegro de lo descontado por concepto de cuotas de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, siendo que, ante la declaratoria de la ineficacia del traslado, el fondo privado tiene la obligación de asumir con cargo a su propio patrimonio los deterioros del bien administrado, esto es, las mermas del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, según lo adoctrinado por la jurisprudencia nacional.

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 bajo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la antedicha entidad, en los aspectos en los que no fue apelada.

1.5. Trámite de Segunda Instancia

El recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se admitieron el 19 de septiembre de 2022 (doc.02, carp.02), y mediante proveído del día 26 del mismo mes y año (doc.03, carp.01), se corrió traslado a las partes para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, compendio normativo del que estableció su vigencia permanente la Ley 2213 de 2022, presentaran los alegatos de conclusión por escrito.

El poderhabiente judicial de COLPENSIONES E.I.C.E. alegó el 30 de septiembre de 2021 (doc.04, carp.01), en procura de que se ordene a la AFP PROTECCIÓN, reintegrar la totalidad de los aportes realizados por el demandante, sin realizar descuento alguno y teniendo en cuenta los valores destinados a gastos de administración indexados, primas previsionales y los porcentajes destinados a construir el fondo de garantía de pensión mínima. Por su parte, los apoderados judiciales de GERMÁN HUMBERTO ÁLVAREZ TORRES y la AFP COLFONDOS S.A. no presentaron alegatos de conclusión.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES E.I.C.E., advirtiéndose que con observancia al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CPTSS, el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de la alzada; a la par de surtirse también la revisión de la sentencia bajo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, en los aspectos que no fueron objeto de alzada.

2.1. Problemas Jurídicos

El *thema decidendi* en el asunto puesto a consideración de la Sala se contrae a determinar si la afiliación del señor GERMÁN HUMBERTO ÁLVAREZ TORRES al régimen de ahorro individual con solidaridad, deviene en ineficaz, efecto para el que habrá de establecerse si en el momento en que se surtió el traslado de régimen pensional, la AFP COLMENA S.A., hoy AFP PROTECCIÓN S.A., le garantizaron al actor 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 del señor GERMÁN HUMBERTO ÁLVAREZ TORRES, por no haberse acreditado que la AFP 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 indicar que, además de trasladar los aportes y los rendimientos financieros, la AFP PROTECCIÓN S.A. también debe trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., con cargo a su propio patrimonio, las comisiones de administración, las primas del seguro previsional y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima; y la adicionará en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade debidamente indexados los rubros que fueron 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 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) 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 el afiliado sea beneficiario o no del régimen de transición, o que esté próximo 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 GERMÁN HUMBERTO ÁLVAREZ TORRES nació el 02 de febrero de 1961 (pág.22, doc.01, carp.01), se afilió al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 16 de diciembre de 1985 (págs.54-55, doc.01; págs.34-35, doc09, carp.01), y se trasladó a la AFP COLMENA S.A., hoy AFP PROTECCIÓN S.A., el 23 de enero de 1996 (pág.37, doc.01, carp.01; pág.33, doc.09, carp.01).

Tampoco se discute que el 15 de octubre de 2020 la AFP PROTECCIÓN S.A. proyectó que el actor solo se pensionaría a los 62 años de edad, bajo la modalidad de la garantía de pensión mínima (págs.33-36, doc.01, carp.01); que el 13 de noviembre de 2020 el demandante le solicitó a COLPENSIONES E.I.C.E. autorizar su traslado al RPMPD (págs.23-28, doc.01, carp.01), petición que fue rechazada en la misma fecha, aduciendo que no se habían incorporado el poder, ni los documentos de identidad del afiliado y de su apoderado judicial (págs.29-30, doc.01, carp.01).

En último término, se encuentra probado que el señor GERMÁN HUMBERTO ÁLVAREZ TORRES, en la actualidad, cuenta con 61 años de edad (pág.22, doc.01, carp.01), 1.264,29 semanas cotizadas (págs.63-79, doc.09, carp.01), y \$136.279.906 acumulados en la cuenta de ahorro individual, de los cuales, \$34.451.155 son aportes y \$101.866.953 son rendimientos financieros (págs.38-62, doc.09, 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). A su turno, 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 debe manifestar su elección por escrito (literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993), y frente al desconocimiento de aquel 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 atentado de cualquier forma contra el derecho de selección de régimen pensional. Para que se verifique 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 tímidas 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 (Subrayas intencionales de la Sala).

Ahora bien, conviene precisar que para la fecha en que el señor GERMÁN HUMBERTO ÁLVAREZ TORRES se trasladó de régimen pensional, 23 de enero de 1996 (pág.37, doc.01, carp.01; pág.33, doc.09, carp.01), la AFP COLMENA S.A., hoy AFP PROTECCIÓN S.A., tenía la obligación de brindarle información detallada sobre los efectos del traslado, en los términos previstos en los artículos 13, literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, y en el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, lo que en palabras de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consiste en “... ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas. (...) suministrar (...) una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. (...) proporcionar (...) una ilustración acerca de las condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, lo que incluye la existencia de una transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales” (SL-1217 del 03-03-2021, radicado 85054 – Subraya intencional de la Sala), de lo cual, únicamente se adosó el formulario de afiliación (pág.33, doc.09, carp.01),

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

En este punto, estima pertinente la Sala acotar que el hecho de que la AFP PROTECCIÓN S.A. no cuente con ningún soporte documental sobre la asesoría brindada al afiliado por la AFP COLMENA 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 al afiliado con llamativos rendimientos financieros o la posibilidad de acceder a la pensión sin importar la edad, sino que debe atender también a que el afiliado pueda lograr la prestación económica que mejor se acompase con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

De igual forma se advierte que, aunque en el interrogatorio de parte rendido por el señor GERMÁN HUMBERTO ÁLVAREZ TORRES (desde el minuto 19:10, doc.37), éste admitió que había suscrito el formulario de afiliación a la AFP COLMENA S.A., hoy AFP PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN S.A., máxime si se tiene en cuenta que, por el contrario, el demandante manifestó que su afiliación se produjo en medio de las especulaciones de que el ISS que iba a acabar y las cotizaciones se iban a perder, información que fue ratificada por el asesor de la AFP COLMENA S.A., quien le dijo que el fondo privado era mejor que el fondo público, y le entregó el formulario ya diligenciado para que revisara los datos consignados, y lo suscribiera;

que en esa época no sabía de la existencia de otros fondos privados de pensiones, y que aunque ha recibido los extractos de su cuenta de ahorro individual, y los lee, no los entiende.

También es del caso resaltar que la AFP PROTECCIÓN S.A. no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el asesor de la AFP COLMENA 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 el traslado de régimen pensional no se ciñó a los parámetros legales y jurisprudenciales, sin que resulten relevantes las manifestaciones ambiguas y generales realizadas por el extremo activo en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las argumentaciones referidas al nivel académico del accionante en un tema de tan especial y de alta complejidad, ni las referencias a que el afiliado no realizó indagaciones de su situación pensional por su cuenta, en tanto el deber de brindar tal información corresponde *ope legis* a la administradora de fondos de pensiones, y no al afiliado.

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

En consonancia con lo anterior, habrá de impartirse confirmación a la decisión de instancia, en cuanto dispuso la declaratoria de la ineficacia del traslado del señor GERMÁN HUMBERTO ÁLVAREZ TORRES a la AFP COLMENA S.A., hoy AFP PROTECCIÓN S.A.

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 afiliado el señor GERMÁN HUMBERTO ÁLVAREZ TORRES antes del traslado de régimen pensional.

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

En aditamento a lo anterior, esta Sala considera que hay lugar al traslado de la totalidad de las sumas que la AFP COLMENA S.A. y la AFP PROTECCIÓN S.A. hubieren recibido con ocasión de la afiliación del señor GERMÁN HUMBERTO ÁLVAREZ TORRES, 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, la Sala 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, es del caso 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, en tanto que la misma connota el resarcimiento del efecto de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda de las sumas descontadas de las cotizaciones por concepto de comisiones de administración, primas del seguro previsional, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, prohijándose el criterio jurisprudencial expuesto en la reciente Sentencia SL950-2022 del 02/03/2022, emitida por la H. Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Sobre este particular, conviene apuntalar que la actualización monetaria debe ordenarse, incluso de manera oficiosa, siguiendo el criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia SL-950-2022, en la que rememora: *"... la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones [...]. De igual modo, la AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo en sus propios recursos"*.

Así las cosas, se modificará el fallo de primera instancia, en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. el traslado, no solo de los aportes y los rendimientos financieros, sino también el traslado, con cargo a su propio patrimonio, de lo descontado por concepto de comisiones de administración, primas del seguro previsional, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del CC; y la adicionará en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A., que traslade debidamente indexados los rubros que fueron descontados de la cotización, siendo que los mismos no se capitalizaron.

2.3.3. La excepción de prescripción

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

Colofón de lo anterior, se impone para la Sala confirmar la sentencia de primer grado, en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional del señor GERMÁN HUMBERTO ÁLVAREZ TORRES, por no haberse acreditado que la AFP 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; modificándola en el sentido de indicar que, además de trasladar los aportes y los rendimientos financieros, la AFP PROTECCIÓN S.A. también debe trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., con cargo a su propio patrimonio, las comisiones de administración, las primas del seguro previsional y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima; y la adicionándola en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade debidamente indexados los rubros que fueron descontados de la cotización, siendo que los mismos no se capitalizaron.

3. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del CGP, no se impondrán en esta instancia costas a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A., considerando que no incoó recurso de apelación; ni a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E., toda vez que el recurso de alzada impetrado alcanzó prosperidad, y porque 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 y ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 01 de septiembre de 2022, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por GERMÁN HUMBERTO ÁLVAREZ TORRES en contra de la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., el cual quedará del siguiente tenor literal:

***“SEGUNDO:** CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, y que obren en su cuenta de ahorro individual, tales como las cotizaciones y rendimientos financieros, así como lo descontado sobre los aportes efectuados, por concepto de comisiones de administración, primas del seguro previsional, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, junto con todos los frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado, tal y como lo dispone el artículo 1746 del CC, descuentos que deberá asumir con cargo a su propio patrimonio, y que deberá trasladar debidamente indexados.*

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás de fecha y procedencia conocida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

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

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


VÍCTOR HUGO ORIUELA GUERRERO
Magistrado Ponente



MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
Magistrada


SANDRA MARIA 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