



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-016-2018-00646-01 (O2-22-191)
Demandante: SONIA MARÍA TABORDA LÓPEZ
Demandadas: AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.
Procedencia: JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No.163 DEL 08 DE AGOSTO DE 2022
Asunto: INEFICIACIA DEL TRASLADO RPMPD - RAIS

En Medellín, a los ocho (08) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), la **Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín**, integrada por los magistrados SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES 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 05001-31-05-016-2018-00646-01 (O2-22-191), instaurado por **SONIA MARÍA TABORDA LÓPEZ** contra la **AFP COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES E.I.C.E.**, en punto a resolver el Recurso de Apelación impetrado por COLPENSIONES E.I.C.E., y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esta última entidad pública, respecto de la sentencia que selló la primera instancia, proferida el 19 de mayo de 2022 por el Juzgado Dieciséis 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 SONIA MARÍA TABORDA LÓPEZ, actuando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., a fin de que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS; se declare válida, vigente

y sin solución de continuidad su afiliación al RPMPD; se condene a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar al RPMPD todos y cada uno de los aportes que efectuó al RAIS, con los rendimientos que se hubieren causado, se condene a COLPENSIONES E.I.C.E. a reactivar su afiliación al RPMPD, y se condene en costas a las demandadas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones expuso que nació el 18 de febrero de 1961, se afilió al exánime INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 07 de diciembre de 1979, y se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A. el 21 de mayo de 1994; que el asesor del fondo privado les brindó una asesoría conjunta y generalizada en las instalaciones de la empresa para la que trabajaba, en una reunión grupal les dijeron que el ISS estaba en quiebra, y no se podrían pensionar, que en el fondo privado sus aportes estarían seguros, y que allí podrían pensionarse anticipadamente, con una mesada más alta a la que podría otorgarles el ISS; que no les explicaron cuál era la edad mínima o el saldo que debían acumular para pensionarse anticipadamente, ni sobre las consecuencias que conllevaría el cambio de régimen pensional. Aseveró que había cotizado 655 semanas al ISS y ha cotizado 1.195 semanas al RAIS, para un total de 1.850 semanas cotizadas en toda su vida laboral; que desde el año 1994 cotiza sobre un salario superior a 1,5 SMMLV; que la AFP COLFONDOS S.A. le proyectó que a los 57 años podría pensionarse con una mesada de \$781.241 en el RAIS, mientras que en RPMPD habría podido causar una mesada de \$1.153.791, y que el 31 de julio de 2018 solicitó ante COLPENSIONES E.I.C.E. el traslado de régimen, petición que fue desestimada porque le faltaban menos de diez (10) años para pensionarse.

1.1. Trámite de Primera Instancia

La demanda se admitió el 29 de octubre de 2018 (doc.05, carp.01), y se notificó a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, el 04 de diciembre de 2018 (doc.07, carp.01), y a al Procurador Judicial para los Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, el 05 de diciembre de 2018 (doc.08, carp.01), a COLPENSIONES E.I.C.E. el 12 de diciembre de 2018 (doc.09, carp.01), y a la AFP COLFONDOS S.A. el 01 de enero de 2019 (doc.16, carp.01).

COLPENSIONES E.I.C.E. presentó contestación el 29 de enero de 2019 (doc.11, carp.01), misma en la que admitió que la señora SONIA MARÍA TABORDA LÓPEZ nació el 18 de febrero de 1961, se afilió al ISS el 07 de diciembre de 1979, cotizó 655 semanas al RPMPD, y el 31 de julio de 2018 le solicitó retornar al RPMPD, petición que fue desestimada porque le faltaban diez (10) años o menos para cumplir el requisito de la edad. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, expresando que a la demandante le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima para tener derecho a la pensión de vejez y, por lo tanto, se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado, porque el incumplimiento de las expectativas del afiliado

no corresponde a un engaño, y el fondo público no es responsable por acción ni omisión frente a la falta de información que se invoca. Consecuentemente, propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la ineficacia de la afiliación al RAIS, buena fe, e imposibilidad de condena en costas.

Por su parte, la AFP COLFONDOS S.A. radicó contestación el 12 de febrero de 2019 (doc.17, carp.01), misma en la que admitió que la señora SONIA MARÍA TABORDA LÓPEZ nació el 18 de febrero de 1961, se afilió a la entidad el 21 de mayo de 1994, y le proyectó que a los 57 años podría pensionarse con una mesada de \$781.241 en el RAIS, mientras que en RPMPD habría podido causar una mesada de \$1.153.791. Sostuvo que la demandante decidió trasladarse de régimen pensional de forma libre, voluntaria y espontánea, que la información ofrecida por sus asesores fue completa, clara y transparente, que la actora debió indagar si lo dicho por el asesor comercial respecto de la liquidación del ISS era cierto, que para la fecha en la que se produjo el traslado no existía la obligación de realizar proyecciones pensionales, y que no existió omisión de información, como tampoco indebida o equivocada asesoría al momento del traslado de administradora de fondos de pensiones. En su defensa, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, e incoó como excepciones de mérito las que nominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción, buena fe, compensación, pago, saneamiento de la presunta nulidad, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, obligación exclusiva a cargo de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

1.2. Sentencia de Primera Instancia

La controversia planteada se dirimió en primera instancia el 19 de mayo de 2022 (docs.41-48, carp.01), por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, sentencia en la que se declaró la ineficacia de la afiliación de la señora SONIA MARÍA TABORDA LÓPEZ al RAIS; se condenó a la AFP COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., dentro de los 30 días siguientes, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, incluyendo las cotizaciones de forma completa, los bonos pensionales, cualquier suma adicional, frutos e intereses, sin que pueda retener los gastos de administración, ni los aportes de solidaridad, ni ningún concepto, erogación que deberá cancelar con cargo a sus propios recursos; se ordenó a COLPENSIONES E.I.C.E. reactivar la afiliación de la actora al RPMPD y recibir todos los dineros que sean trasladados por la AFP COLFONDOS S.A.; se autorizó a COLPENSIONES E.I.C.E. a realizar un cálculo de equivalencia sobre los dineros recibidos, de forma tal que el traslado de la demandante no le genere ningún perjuicio; se declararon no probadas las excepciones propuestas; y se condenó en costas a COLPENSIONES E.I.C.E. en favor de la demandante.

Para sustentar su decisión, el cognoscente de primer grado argumentó que a la AFP COLFONDOS S.A. tenía la obligación de brindarle a la actora información suficiente, clara y veraz, sobre las diferencias entre el RPMPD y el RAIS; que la carga de la prueba se invirtió en favor de la afiliada, sin que se hubiere acreditado que el fondo privado le hubiere brindado tal información al demandante, y que la declaratoria de la ineficacia conlleva al traslado, no solo de los aportes y rendimientos, sino también de lo descontado de los aportes por concepto de gastos de administración y los aportes al fondo de solidaridad pensional, debiéndose realizar un cálculo de equivalencias para garantizar que el RPMPD no resulte afectado con las órdenes impartidas. En lo que respecta a la condena en costas a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E., expuso que, si bien la entidad no participó en el acto jurídico ineficaz, sí obligó a la demandante a activar el aparato judicial, oponiéndose a la fórmula de conciliación propuesta por la AFP COLFONDOS S.A., e insistiendo en esgrimir en vano la línea jurisprudencial decantada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la procedencia de autorizar el retorno del traslado al RPMPD.

1.3. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión antes descrita, la apoderada judicial de COLPENSIONES E.I.C.E. (minuto 37:55, doc.41, carp.01), interpuso el recurso de apelación, a fin de que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, en lo que respecta a la condena en costas impuestas a cargo de la entidad que representa, siendo que no intervino en el acto jurídico declarado ineficaz, que en la vía gubernativa rechazó el traslado de la demandante por encontrarse inmersa en expresa prohibición legal, ya que a la jurisdicción ordinaria es a la única que le asistía la competencia para declarar la ineficacia pretendida, y fue el Tribunal Superior de Medellín el que declaró la nulidad de la conciliación propuesta por la AFP COLFONDOS S.A. por atentar contra el derecho al debido proceso de su poderdante, sin que tal actuación pueda calificarse como dilatoria.

1.4. Grado Jurisdiccional de Consulta

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

1.5. Trámite de Segunda Instancia

El recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se admitieron el 21 de junio de 2022 (doc.02, carp.02), y mediante proveído del día 28 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, si a bien lo tuvieran, alegatos de conclusión por escrito.

La apoderada judicial de COLPENSIONES E.I.C.E. alegó el 05 de julio de 2022 (doc.05, carp.02), en solicitud de que se disponga la revocatoria de la sentencia de primera instancia, sobre la base de que la entidad no puede resultar vencida en un juicio al que es vinculada para soportar las consecuencias de una eventual declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, y porque fue el Tribunal Superior de Medellín el que declaró la nulidad de la conciliación propuesta por la AFP COLFONDOS S.A. por atentar contra el derecho al debido proceso de su poderdante, sin que tal actuación pueda calificarse como dilatoria.

El apoderado judicial de la AFP COLFONDOS S.A., alegó el 13 de julio de 2022 (doc.06, carp.02), solicitando que no se disponga la indexación sobre los conceptos que se ordenaron devolver al RPMPD, siendo que los rendimientos generados durante el período en que la actora estuvo afiliada al RAIS, en todo caso son superiores a los que hubiera podido generar el RPMPD.

Finalmente, se observa que la vocera judicial de la señora SONIA MARÍA TABORDA LÓPEZ, no presentó alegatos de conclusión.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES E.I.C.E., advirtiéndose que en observancia del principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del CPTSS, el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de la alzada; a la par de surtirse la revisión la sentencia, bajo el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES E.I.C.E., 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 de la señora SONIA MARÍA TABORDA LÓPEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS 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 a la afiliada el derecho al consentimiento informado; en caso

contrario, la Sala se ocupará de determinar cuáles son los efectos jurídicos que devienen de la declaratoria de la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS.

2.2. Sentido del Fallo

La Sala confirmará la sentencia de primer grado, en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la señora SONIA MARÍA TABORDA LÓPEZ, por no haberse acreditado que la AFP COLFONDOS S.A., le hubiere brindado información completa oportuna, clara y veraz, sobre los efectos que le acarrearía el acto jurídico del traslado de régimen pensional; la revocará en lo que respecta a la elaboración del cálculo de equivalencias, y el traslado de los aportes destinados al fondo de solidaridad pensional; la modificará en el sentido de ordenar el traslado, no solo de las cotizaciones y los rendimientos financieros, sino también lo descontado por los conceptos de comisiones de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y primas del seguro previsional; y la adicionará en el sentido de ordenar a la AFP COLFONDOS S.A. que traslade debidamente indexados los rubros que fueron descontados de la cotización, y que no fueron objeto de capitalización.

2.3. Solución de los Problemas Jurídicos Planteados

La carga de la prueba es un principio de derecho procesal, encaminado a establecer a cuál de los sujetos del proceso le concierne la aportación de las pruebas, y cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de dicha carga; en su criterio clásico la carga de probar se ha fijado en cabeza de quien afirma los hechos que fundamentan la procedencia del reconocimiento de los derechos debatidos, correspondiéndole al mismo, probar sus aserciones para que el juzgador establezca si es procedente el reconocimiento de los derechos que reclama, debiéndose desestimar sus pretensiones en caso de que los hechos no aparezcan probados en el proceso.

El concepto prístino de la carga probatoria se compendia en el aforismo romano *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*, según el cual, quien afirma un hecho debe probarlo, y quien lo niega, está libre de la carga de probar, regla procesal que guarda concordancia con las previsiones contenidas en el artículo 167 del CGP, aplicable por remisión analógica a los juicios del trabajo y de la seguridad social, en los términos previstos en el artículo 145 del CPTSS, y por cuya virtud, le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Sea lo primero en señalar que, esta Corporación acoge el criterio jurisprudencial que antaño ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuesto, entre

otras sentencias, en la SL del 09-09-2008, radicado 31989, SL del 22-11-2011, radicado 33083, SL-12136 del 03-09-2014, radicado 46292, SL 1688 del 2019, radicado 68838, y SL-1217 del 03-03-2021, radicado 85054, según el cual, la carga de la prueba se invierte en favor de las afiliadas considerando que: (i) las negaciones indefinidas no pueden demostrarse materialmente por quien las invoca, (ii) la afiliada representa la parte débil de la relación 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 SONIA MARÍA TABORDA LÓPEZ nació el 18 de febrero de 1961 (pág.01, doc.03, carp.01), se afilió al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 24 de agosto de 1983 (págs.02-05, 06-08, 11-13, doc.03, carp.01), y se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A. el 21 de mayo de 1994 (pág.10, doc.03, carp.01; pág.02, doc.18, carp.01). Tampoco se discute que el 05 de junio de 2018 la AFP COLFONDOS S.A. le proyectó que a los 57 años de edad podría acceder a una mesada pensional de \$781.242 en le RAIS, mientras que en el RPMPD habría podido causar una mesada de \$1.153.494 (págs.14-17, doc.03, carp.01). En igual sentido, se encuentra acreditado que el 31 de julio de 2018 radicó formulario de afiliación al RPMPD ante COLPENSIONES E.I.C.E. (pág.30, doc.03; carp.01), petición que fue desestimada en la misma fecha, porque la actora se encontraba a diez años o menos del requisito del tiempo para pensionarse. En último término, no se discute que la actora actualmente cuenta con 61 años de edad (pág.01, doc.03, carp.01), 1.850 semanas cotizadas (págs.18-29, doc.03, carp.01), y \$209.080.495 acumulados en la cuenta de ahorro individual (págs.14-17, doc.03, 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 4° del Decreto 656 de 1994), característica que les exige formación en la ética del servicio público, y las ubica en 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 de aquel derecho a la libertad de selección, proceden las sanciones de que trata el inciso 1° del artículo 271 ibídem, esto es, la ineficacia de la afiliación y la imposición de una multa a cargo de la persona natural o jurídica que hubiere impedido o trasgredido de cualquier forma el derecho de selección de régimen pensional. Para que se perfeccione el cumplimiento de las obligaciones y derechos antes descritos, a las administradoras de fondos de pensiones se les impone un obrar acorde a la trascendencia de la labor que cumplen, obligaciones que emanan del principio de la buena fe y que se contraen a la transparencia, la vigilancia y el deber de información, dentro del ejercicio de brindar 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. (Subraya de la Sala)

Ahora bien, conviene precisar que para la fecha en que la señora SONIA MARÍA TABORDA LÓPEZ se trasladó de régimen pensional, 21 de mayo de 1994 (pág.10, doc.03, carp.01; pág.02, doc.18, carp.01), la AFP COLFONDOS S.A., tenía la obligación de brindarle información detallada sobre los efectos del traslado, en los términos previstos en los artículos 13, literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, y en el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, lo que en términos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consiste en "... ilustrar a sus potenciales afiliadas, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas. (...) suministrar (...) una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. (...) proporcionar (...) una ilustración acerca de las condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, lo que incluye la existencia de una transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales" (SL-1217 del 03-03-2021, radicado 85054 – Subraya de la Sala), de todo lo cual, lo único que se adosó fue el formulario de afiliación (pág.02, doc.18, 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 COLFONDOS 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 COLFONDOS S.A. no cuente con ningún soporte documental sobre la asesoría brindada al afiliada, previo a efectuarse el traslado de régimen pensional, y asevere 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 sobre las cotizaciones; que para causar la pensión de vejez se debe contar con una suma dineraria mínima en la cuenta de ahorro individual; que la existencia de eventuales beneficiarios por sobrevivencia incrementan dicha suma mínima requerida, entre otras particularidades, en razón a que la asesoría no solo debe estar encaminada a persuadir a la afiliada con llamativos rendimientos financieros o la

posibilidad de acceder a la pensión sin importar la edad, sino que debe atender también a que la afiliada pueda lograr la prestación económica que mejor se acompañe con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

De igual forma se observa que, aunque en el interrogatorio de parte rendido por la señora SONIA MARÍA TABORDA LÓPEZ (desde el minuto 16:05, doc.41, carp.01), ésta admitió que había suscrito el formulario de afiliación a AFP COLFONDOS S.A., 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 COLFONDOS S.A., máxime si se tiene en cuenta que, por el contrario, la demandante manifestó que en la asesoría brindada por el fondo privado les indicaron que la edad y las semanas para pensionarse eran las mismas en ambos regímenes, solo que en el fondo privado podían acceder a una pensión anticipada en caso de una enfermedad terminal, y que, en todo caso, su mesada pensional sería más alta que en el RPMPD.

También es del caso resaltar que la AFP COLFONDOS S.A. 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 el traslado de régimen pensional no se ciñó a los parámetros legales y jurisprudenciales, sin que resulten relevantes las manifestaciones ambiguas y generales realizadas por el extremo activo en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las argumentaciones referidas al nivel académico de la 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 afiliación y traslado de régimen pensional de la deprecante.

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 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 SONIA MARÍA TABORDA LÓPEZ antes del traslado de régimen pensional.

Importa recordar lo expuesto en la sentencia CSJ SL-2877 del 29-07-2020, radicado 78667, en la que, sobre los efectos de la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico como el aquí analizado, 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 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 COLFONDOS 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 COLFONDOS S.A. hubiere recibido con ocasión de la afiliación de la señora SONIA MARÍA TABORDA LÓPEZ, 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 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.

Ahora bien, ha de precisarse que el *a quo* también ordenó el traslado de los aportes destinados al Fondo de Solidaridad Pensional, descuento sobre el cual estima la Sala no es procedente su devolución, habida cuenta que este fondo no es exclusivo del RAIS, como es el caso del Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, sino que es un fondo independiente del Sistema General de Pensiones, es decir, que el Fondo de Solidaridad Pensional, que a propósito tiene una naturaleza totalmente diferente al RAIS y al RPMPD: *"es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo y administrada por sociedades fiduciarias de naturaleza pública"* (T-321 de 2019), cuya finalidad es *"(...) subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte"* y *"hacer efectivo el principio de solidaridad que rige al sistema de seguridad social"* y *materializar el Estado Social de Derecho, al asegurar a los menos favorecidos la satisfacción de sus necesidades básicas"*, (artículo 26 de la Ley 100 de 1993 y sentencias C-243 de 2006, reiterada en la T-321 de 2019), y de consiguiente, su devolución es totalmente irrelevante a efectos de financiar el fondo común del RPMPD, y dado que al haber sido materia de apelación la devolución de descuentos efectuados sobre las cotizaciones, deberá revocarse la condena impartida sobre dicha partida en sede de primera instancia.

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 que la misma no corresponde a una condena adicional, sino que connota 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, 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".

De cara al cálculo de equivalencia de lo trasladado, ha de relieves la Sala que tal decisión no es consistente con el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala, pues en estos casos, el criterio vertido por el máximo órgano de esta jurisdicción no ha tenido variación, además de que no es posible impartir ese tipo de condenas, cuando, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, los dos regímenes de pensiones si bien coexisten son excluyentes, y por tanto, una vez verificada la ineficacia del traslado, lo procedente era que se hubiera ordenado a la AFP COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES E.I.C.E. todos los valores que por aportes hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, incluyendo lo descontado para cubrir las primas de los seguros previsionales, gastos o comisiones de administración, aportaciones al fondo de garantía de pensión mínima, con todos los rendimientos, frutos e intereses, como se indicó en las líneas que anteceden (SL2877-2020, radicado 78667).

Así las cosas, se revocará el fallo de primera instancia, en lo que respecta a la elaboración del cálculo de equivalencias, y el traslado de los aportes destinados al fondo de solidaridad pensional; se modificará en el sentido de ordenar no solo el traslado de los aportes los rendimientos financieros, y los gastos de administración, sino también lo descontado por concepto de aportes al fondo de garantía de pensión mínima y primas del seguro previsional; y se adicionará en el sentido de indicar que las sumas descontadas de la cotización por dichos rubros, y que se ordenarán trasladar con cargo a los recursos propios de la AFP COLFONDOS S.A., deberá hacerse de manera indexada.

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 a 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 SONIA MARÍA TABORDA LÓPEZ, por no haberse acreditado que la AFP COLFONDOS S.A., le hubiere brindado información completa oportuna, clara y veraz, sobre los efectos adversos que le acarrearía el acto jurídico del traslado de régimen pensional; la revocará en lo que respecta a la elaboración del cálculo de equivalencias, y el traslado de los aportes destinados al fondo de solidaridad pensional; la modificará en el sentido de expresamente ordenarse el traslado, no solo de las cotizaciones y los rendimientos financieros, sino también de lo descontado por comisiones de administración, por aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y para cubrir el valor de las primas del seguro previsional; y la adicionará en el sentido de ordenar a la AFP COLFONDOS 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 artículo 365 del CGP, no se impondrán costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E., toda vez que la sentencia se analizó íntegramente a su favor bajo el grado jurisdiccional de consulta, ni a cargo de la AFP COLFONDOS S.A., siendo que la misma no interpuso el recurso de alzada.

Las costas de la primera instancia, impuestas a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E. se revocan, considerando que la administradora del fondo público de pensiones no intervino en el acto jurídico declarado ineficaz, no le concernía la facultad de declarar administrativamente la ineficacia del traslado, a más de que la interposición del recurso de apelación frente a una decisión judicial abiertamente desconocedora de los derechos de defensa, contradicción y debido proceso, no puede calificarse como dilatoria.

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: REVOCAR parcialmente, MODIFICAR y ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 19 de mayo de 2022, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por SONIA MARÍA TABORDA LÓPEZ en contra de la AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., el cual quedará del siguiente tenor literal:

*“**TERCERO:** CONDENAR a la AFP COLFONDOS 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 de la actora, y que obren en su cuenta de ahorro individual, tales como 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 trasladar debidamente indexados”.*

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral cuarto de la sentencia de fecha y origen conocidos, en cuanto ordenó la elaboración de un “cálculo de equivalencias”; el que quedará del siguiente tenor literal:

*“**CUARTO:** ORDENAR a COLPENSIONES E.I.C.E. reactivar la afiliación dela señora SONIA MARÍA TABORDA LÓPEZ al régimen de prima media con prestación definida, y recibir todos los dineros que sean trasladados por la AFP COLFONDOS S.A.”*

TERCERO: REVOCAR parcialmente el numeral séptimo de la sentencia de fecha y origen conocidos, y en su lugar, absolver a COLPENSIONES E.I.C.E. de la condena en costas.

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

QUINTO: 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 ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada



JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES
Magistrado



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