



## **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Radicado:** 05001-31-05-018-2021-00409-01 (O2-22-416)  
**Demandante:** JORGE HUMBERTO VANEGAS OSORIO  
**Demandadas:** AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.  
**Procedencia:** JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN  
**Providencia:** SENTENCIA No.275 DEL 14 DE DICIEMBRE DE 2022  
**Asunto:** INEFICIACIA DEL TRASLADO RPMPD - RAIS

En Medellín, a los catorce (14) días del mes de diciembre 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 05001-31-05-018-2021-00409-01 (O2-22-416), instaurado por **JORGE HUMBERTO VANEGAS OSORIO** contra la **AFP PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES E.I.C.E.**, 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 31 de octubre de 2022 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín.

De conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías y las comunicaciones en las actuaciones judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de emergencia, económica, social y ecológica*", y en consonancia con lo preceptuado en el artículo 10 del Acuerdo PCSJA20-11567 del Consejo Superior de la Judicatura, 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 JORGE HUMBERTO VANEGAS OSORIO, actuando por intermedio de apoderada 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 nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS,

se declare válida, vigente y sin solución de continuidad su afiliación al RPMPD, se condene a la AFP PORVENIR S.A. a devolver la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, con sus respectivos intereses y rendimientos financieros, se declare que conserva el derecho a pensionarse bajo las previsiones del RPMPD, y se condene en costas a las codemandadas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones expuso que se afilió al RPMPD el 12 de agosto de 1980, y se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. en septiembre de 2002, sin que los asesores del fondo privado lo hubieran asesorado ni informado sobre las implicaciones y consecuencias del traslado, ni cuáles eran las características que diferencian ambos regímenes. Aseveró que en el RPMPD podría acceder a una mesada pensional de \$6.429.344, muy superior a la que obtendría en el RAIS, y que el 24 de septiembre de 2021 le solicitó a COLPENSIONES E.I.C.E. declarar la nulidad o ineficacia del traslado, pero la petición fue desestimada.

### **1.1. Trámite de Primera Instancia**

La demanda se admitió el 11 de enero de 2022 (doc.03, carp.01), y se notificó a COLPENSIONES E.I.C.E., la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, y la Procuradora Judicial para los Asuntos del Trabajo y de la Seguridad Social, el 01 de febrero de 2022 (doc.05, carp.01).

COLPENSIONES E.I.C.E., presentó contestación el 14 de febrero de 2022 (doc.06, carp.01), escrito en el que admitió que el señor JORGE HUMBERTO VANEGAS OSORIO se afilió al RPMPD el 12 de agosto de 1980, y solicitó retornar el 24 de septiembre de 2021, pedimento que fue desestimado en la misma fecha. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, arguyendo que al demandante le faltan menos de 10 años cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, no es beneficiario del régimen de transición, no ha demostrado la existencia de un vicio en el consentimiento, o que su firma hubiere sido falsificada, o que su empleador lo hubiere afiliado sin su consentimiento; subsidiariamente, solicitó la devolución de las cuotas de administración. Consecuentemente propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen, devolución de cuotas de administración, buena fe, improcedencia de condena en costas y compensación.

Por su parte, la AFP PORVENIR S.A. presentó contestación el 14 de febrero de 2022 (doc.07, carp.01), misma en la que aseveró que el señor JORGE HUMBERTO VANEGAS OSORIO se afilió a la entidad el 31 de julio de 2002, después de haber recibido información clara, suficiente y veraz sobre las condiciones y características de cada régimen pensional, y los requisitos para acceder a la pensión, y que para la época en la que se produjo el traslado no existía la

obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, ni la obligación de informar sobre el monto de la pensión que se obtendría, y en glosa de ello se opuso a la prosperidad de las pretensiones, excepcionando de fondo 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 31 de octubre de 2022 (docs.17-18, carp.01), por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, sentencia en la que se declaró la ineficacia de la afiliación del señor JORGE HUMBERTO VANEGAS OSORIO al RAIS; se ordenó a la AFP PORVENIR S.A. efectuar el traslado inmediato de todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, incluyendo las cotizaciones, los rendimientos financieros, las cuotas de administración debidamente indexadas, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, y los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos; se ordenó a COLPENSIONES E.I.C.E. recibir las sumas indicadas, y continuar administrando los fondos para pensión del demandante; se declararon infundadas las excepciones impetradas; y se gravó en costas a la AFP PORVENIR S.A. en favor de la demandante.

Para sustentar su decisión, la cognoscente de primer grado afínca que la AFP PORVENIR 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 del afiliado, sin que se hubiere acreditado que el fondo privado le hubiere brindado tal información al demandante, que la declaratoria de la ineficacia conlleva al traslado, no solo de los aportes y rendimientos, sino también de lo descontado por concepto de cuotas de administración, primas para el seguro previsional, y aportes para la garantía de la pensión mínima.

## **1.3. Recurso de Apelación**

Inconforme con la decisión antes descrita, el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A. (minuto 02:54:40, doc.17), interpuso el recurso de apelación, en orden a que se revoque íntegramente la sentencia de primera instancia, para lo cual precisa que a su representada no le era obligatorio conservar un documento diferente o adicional al formulario de afiliación, que la voluntariedad del actor de permanecer afiliado al RAIS se ratificó con el transcurso del tiempo, y que las aspiraciones económicas del demandante no generan la ineficacia de la afiliación. También refirió que el descuento de los gastos de administración fue autorizado por el legislador, son objeto de prescripción porque no están llamados a financiar la pensión de

vejez, y su devolución desconoce la gestión adelantada por la entidad y la generación de rendimientos financieros.

#### **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 integralmente bajo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la antedicha entidad.

#### **1.5. Trámite de Segunda Instancia**

El recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta se admitieron el 15 de noviembre 2022 (doc.02, carp.02), y mediante proveído del día 21 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 13 de la Ley 2213 de 2022, presentaran, si a bien lo tuvieran, los alegatos de conclusión por escrito.

El apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A. alegó el 28 de noviembre de 2022 (doc.04, carp.02), reiterando los argumentos esbozados cuando impetró el recurso de alzada, relevando que en el asunto de la referencia no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento del demandante cuando decidió cambiarse de régimen pensional; que la entidad le garantizó el derecho de retracto, mediante la publicación efectuada el 14 de enero de 2004 en los medios de comunicación; que no es viable que se le impongan cargas adicionales a las previstas en la legislación vigente, siendo el formulario de afiliación suficiente para demostrar el consentimiento informado; que fue el actor el que no se interesó por conocer los aspectos del Sistema General de Pensiones que para él serían más relevantes; y que en aplicación del derecho a las restituciones mutuas, no debe ordenarse la devolución de los gastos de administración, los cuales, por demás, son objeto de prescripción, porque no están llamados a financiar la pensión.

La vocera judicial de COLPENSIONES E.I.C.E. alegó el 30 de noviembre de 2022 (doc.05, carp.02), procurando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, siendo que al demandante le faltan 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; o para que, en subsidio, se adicione la orden impartida, en el sentido de disponer la indexación de los dineros que serán trasladados.

Finalmente, se advierte el poderhabiente judicial del señor JORGE HUMBERTO VANEGAS OSORIO, 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 la AFP PORVENIR S.A., 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 surtir la revisión de la sentencia bajo el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES E.I.C.E.

### 2.1. Problemas Jurídicos

El *thema decidendi* en el asunto puesto a consideración de la Sala se contrae a determinar si la afiliación de el señor JORGE HUMBERTO VANEGAS OSORIO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., deviene en ineficaz, efecto para el que habrá de establecerse si en el momento en que se surtió el traslado de régimen pensional, el fondo privado le garantizó al afiliado el derecho al consentimiento informado; en caso contrario, la Sala se ocupará de definir cuáles son los efectos jurídicos que devienen de la declaratoria de la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS.

### 2.2. Sentido del Fallo

La Sala confirmará la sentencia de primer grado, en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional del señor JORGE HUMBERTO VANEGAS OSORIO, 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 los aportes, los rendimientos financieros, las cuotas de administración, las primas del seguro previsional y los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, como una consecuencia jurídica inmediata más de la devolución íntegra de las cotizaciones, pero la modificará en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. que traslade debidamente indexados, no solo las cuotas de administración, sino todos los demás rubros que fueron descontados de la cotización, vale decir, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas del seguro previsional, siendo que los mismos no se capitalizaron.

### 2.3. Solución de los Problemas Jurídicos Planteados

La carga de la prueba es un principio de derecho procesal, encaminado a establecer a cuál de los sujetos del proceso le concierne la aportación de las pruebas, y cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de dicha carga; en su criterio

clásico la carga de probar se ha fijado en cabeza de quien afirma los hechos que fundamentan la procedencia del reconocimiento de los derechos debatidos, correspondiéndole al mismo, probar sus aserciones para que el juzgador establezca si es procedente el reconocimiento de los derechos que reclama, debiéndose desestimar las pretensiones formuladas en caso de que los hechos no aparezcan probados en el proceso.

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

Sea lo primero en señalar que, esta Corporación recepta el criterio jurisprudencial que antaño ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuesto, entre otras sentencias, en la SL del 09-09-2008, radicado 31989, SL del 22-11-2011, radicado 33083, SL-12136 del 03-09-2014, radicado 46292, SL 1688 del 2019, radicado 68838, y SL-1217 del 03-03-2021, radicado 85054, según el cual, la carga de la prueba se invierte en favor de los afiliados considerando que: (i) las negaciones indefinidas no pueden demostrarse materialmente por quien las invoca, (ii) el afiliado representa la parte débil de la relación jurídica contractual en virtud de la posición en el mercado, profesionalismo, y experticia que debe tener las administradoras de fondos de pensiones, y (iii) el demandante tiene menos posibilidades de esclarecer los hechos que se debaten, ya que las administradoras de fondos de pensiones son las que tienen el control de la operación; reglas jurisprudenciales que, en criterio del Alto Tribunal, resultan aplicables a todos los procesos en los que se discute la validez del traslado de régimen pensional, sin importar que el derecho esté consolidado, que el afiliado sea beneficiaria o no del régimen de transición, o que esté próxima o no a pensionarse (SL-3202 del 14-07-2021 – Subrayas de la Sala).

Previo a dirimir la controversia planteada, se advierte que no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos: que el señor JORGE HUMBERTO VANEGAS OSORIO nació el 26 de diciembre de 1961 (pág.39, doc.02, carp.01), se afilió al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 12 de agosto de 1980 (págs.36-44, doc.07, carp.01), y se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 31 de julio de 2002 (pág.94, doc.07, carp.01). Tampoco se discute que el 24 de septiembre de 2021 el actor le solicitó a COLPENSIONES E.I.C.E. declarar la ineficacia de su afiliación al RAIS, y la validez de su afiliación al RPMPD, sin solución de continuidad (págs.14-15, doc.02, carp.01), petición que fue desestimada en la misma fecha porque le faltaban 10

años o menos para cumplir la edad mínima de pensión (págs.16-18, doc.01). En último término, se encuentra probado que el demandante, cuenta con 60 años de edad (pág.39, doc.02, carp.01), 1.607 semanas cotizadas (págs.60-73, doc.07, carp.01), y \$232.430.317 acumulados en la cuenta de ahorro individual (págs.74-90, doc.13, carp.01).

### **2.3.1. La ineficacia de la afiliación y la libertad de la selección de régimen**

El Sistema General de Seguridad Social fue diseñado como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, para que la ciudadanía pueda gozar de una calidad de vida digna, mediante la cobertura integral de las contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica (preámbulo de la Ley 100 de 1993); de forma subsecuente, el 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 4° 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 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. Como colofón de ello, para que se perfeccione el cumplimiento de las obligaciones y derechos antes descritos, a las administradoras de fondos de pensiones se les impone un obrar acorde a la trascendencia de la labor que cumplen, obligaciones que emanan del principio de la buena fe y que se contraen a la transparencia, la vigilancia y el deber de información, dentro del ejercicio de un buen consejo, tal y como lo ha entendido el órgano jurisprudencial de cierre (CSJ SL del 09-09-2008, radicado 31989, SL del 22-11-2011, radicado 33083, SL-12136 del 03-09-2014, radicado 46292, SL-1688 del 2019, radicado 68838, y SL-1217 del 03-03-2021, radicado 85054).

La línea jurisprudencial antes descrita contempla el precedente judicial por seguir, y del que se desprende: (i) que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber ineludible desde su creación; (ii) que el formulario de afiliación es

insuficiente para probar el cumplimiento de tal deber, requiriéndose la prueba del consentimiento informado; (iii) que la carga de la prueba le corresponde a las AFP, por virtud de su inversión a favor del afiliado como parte débil de la relación procesal; (iv) que permanecer en un régimen pensional por largos años, o que se le haya re-asesorado, o que haya tenido 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 de la Sala).

Ahora bien, conviene precisar que para la fecha en que el señor JORGE HUMBERTO VANEGAS OSORIO se trasladó de régimen pensional, 31 de julio de 2002 (pág.94, 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 1º del Decreto 663 de 1993, lo que a juicio 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 de la Sala), de lo cual, únicamente se adosó el formulario de afiliación (pág.94, doc.07, carp.01), documental que no refleja de manera alguna que al promotor del juicio se le hubiere prestado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP PORVENIR S.A., hubiere cumplido con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, en tanto no basta explicar los beneficios de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron materia de análisis previo, o cuando menos, al momento de efectuarse la afiliación y traslado al régimen pensional.

En este punto, estima pertinente la Sala acotar que el hecho de que la AFP PORVENIR S.A. no cuente con ningún soporte documental sobre la asesoría brindada al afiliado, previo de



efectuarse el traslado de régimen pensional, y afirme que la información solo le fue brindada de manera verbal, deja entrever una clara contravención de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegar un formato pre-impreso de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que la Superintendencia Financiera de Colombia indica deben reunirse, sino que se requiere acreditar la efectiva asesoría integral brindada en la antesala del traslado de régimen, ilustrando al interesado sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, con la observación de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima debían efectuarse aportes voluntarios superiores a las deducciones de ley por cotizaciones; que para causar la pensión de vejez se debe contar con una suma dineraria mínima en la cuenta de ahorro individual; que la existencia de eventuales beneficiarios por sobrevivencia incrementan dicha suma mínima requerida, entre otras particularidades, en razón a que la asesoría no solo debe estar encaminada a persuadir 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 JORGE HUMBERTO VANEGAS OSORIO (desde el minuto 01:04:15, doc.17, carp.01), éste admitió que había suscrito el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., no puede soslayar la Sala que el deber de información solo se satisface con la evidencia de que la decisión del afiliado haya sido libre e informada, lo que no se logra acreditar por parte de la AFP PORVENIR S.A., máxime si se tiene en cuenta que, por el contrario, el demandante manifestó que se trasladó al fondo privado después de haber escuchado el rumor de que el ISS se acabaría, y perdería las semanas cotizadas, siendo ésta la única manera de "rescatarlas".

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

En consonancia con lo anterior, habrá de impartirse confirmación a la decisión de instancia, en cuanto dispuso la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional del señor JORGE HUMBERTO VANEGAS OSORIO.

### **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 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 JORGE HUMBERTO VANEGAS OSORIO 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, adocrinó *"... 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 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 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 PORVENIR S.A. hubiere recibido con ocasión de la afiliación del señor JORGE HUMBERTO VANEGAS OSORIO, 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, cumple señalar que aunque la actualización monetaria no hubiere sido objeto de impetración con la demanda, debe procederse a su reconocimiento, en tanto que la misma conlleva el reconocimiento del efecto 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, prohibiéndose 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 referida Sentencia SL-950-2022, en la que diserta: “... la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones -- debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones [...]. De igual modo, la AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo en sus propios recursos”.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primer grado, en cuanto ordenó el traslado de las cotizaciones, los rendimientos financieros, las comisiones de administración, las primas del seguro previsional, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima; pero se modificará en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. que traslade debidamente indexados, no solo las cuotas de administración, sino todos los demás rubros que fueron

descontados de la cotización, esto es, por aportes al fondo de garantía de pensión mínima y primas del seguro previsional, siendo que los mismos no fueron objeto de capitalización.

### **2.3.3. La excepción de prescripción**

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, se memora que “... a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria” (SL-1465 del 21-04-2021, radicado 87050), a más de que esta Sala ha sido del iterativo criterio que en esta clase de procesos, la consecuencia jurídica inmediata de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen impone el traslado de las aportaciones 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 razonó 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 impartir confirmación a la sentencia de primer grado en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional del señor JORGE HUMBERTO VANEGAS OSORIO, 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 los aportes, los rendimientos financieros, las cuotas de administración, las primas del seguro previsional y los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, como una consecuencia jurídica inmediata más de la devolución íntegra de las cotizaciones, pero se modificará en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. que traslade debidamente indexados, no solo las cuotas de administración, sino todos los demás 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, las costas de la segunda instancia estarán a cargo de la AFP PORVENIR S.A., por habérsele 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 JORGE HUMBERTO VANEGAS OSORIO, la suma de \$1.000.000, que corresponde a un (1) SMMLV, sienta base mínima. 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 su favor.

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

#### **4. RESUELVE**

**PRIMERO:** MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 31 de octubre de 2022, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por JORGE HUMBERTO VANEGAS OSORIO contra la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., el cual quedará del siguiente tenor literal:

*“**SEGUNDO:** CONDENAR a la AFP PORVENIR 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 los rendimientos financieros, así como lo descontado sobre los aportes efectuados, por concepto de cuotas de administración, primas para los seguros previsionales, 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 devolver debidamente indexados”.*

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

**TERCERO:** COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. fijándose como agencias en derecho, en favor de JORGE HUMBERTO VANEGAS OSORIO, la suma de \$1.000.000, que corresponde a un (1) SMMLV. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E.

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

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

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



VÍCTOR HUGO ORIUELA GUERRERO  
Magistrado Ponente



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA  
Magistrada



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE  
Magistrada



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS  
Secretario

**CONSTANCIA SECRETARIAL**

Se deja constancia de que las anteriores firmas corresponden a las firmas originales de los magistrados que integran la Sala Quinta de Decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS  
Secretario