



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandantes: NUVIA CARRASCAL FORERO
Demandados: COLPENSIONES y OTROS
Procedencia: JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA n.º 18
Radicado n.º: 05001-31-05-001-2020-00331-01 (O2-22-438)

En Medellín, a los dieciséis (16) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, y en consonancia con el artículo 10 del Acuerdo PCSJA20-11567 05/06/2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados **CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES**, **SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE** y **VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**, quien actúa como magistrado sustanciador, procede a decidir los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y la AFP PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública accionada, dentro del proceso ordinario instaurado por **NUVIA CARRASCAL FORERO** en contra de **COLPENSIONES**, **COLFONDOS S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y de **PORVENIR S.A.**, con radicado n.º 05001-31-05-001-2020-00331-01 (O2-22-438).

Se deja constancia que el respectivo proyecto de fallo fue puesto a consideración de la Sala, y estando debidamente aprobado, se procede a dictar la sentencia que en derecho corresponda.

1. ANTECEDENTES

Mediante apoderado judicial, la señora **NUVIA CARRASCAL FORERO** pretende que se declare la nulidad o la ineficacia de su traslado de régimen pensional, la reactivación de la afiliación a COLPENSIONES sin solución de continuidad, con el traslado de todos los aportes, incluidos sus rendimientos, y sin ningún tipo de descuento por cuota de administración, y el pago de las costas del proceso, con sustento fáctico en que nació el 20 de marzo de 1962; que estuvo afiliada por los riesgos IVM a la Caja de Previsión Social de Ocaña –Santander-, hasta que se trasladó al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A.

en agosto de 1995, luego de lo cual, en enero de 2001 se afilió a la AFP PORVENIR S.A., y posteriormente, en diciembre de 2012 se afilió a la AFP COLFONDOS; que al momento del traslado, no le suministraron la suficiente información sobre cómo se liquidaría su pensión en el RAIS, y que el 21 de enero de 2020 efectuó la respectiva reclamación administrativa ante COLPENSIONES, misma que fue denegada por la entidad pública el mismo día.

1.1 TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 21 de junio de 2021 (doc. 05), con el cual ordenó su notificación y traslado a la parte accionada.

Una vez notificada (carp. 07), COLPENSIONES contestó la demanda el 3 de agosto de 2021 por intermedio de mandatario judicial (carp. 14 doc. 02), con la que se opuso a la prosperidad de las pretensiones en la medida que la accionante realizó válidamente su traslado al RAIS, estando incurso en la prohibición de regresarse por faltarle menos de diez años para el cumplimiento de la edad mínima. En su defensa, postuló las excepciones de fondo que nominó: inexistencia de los presupuestos legales para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, prescripción, compensación indexada, y buena fe.

Por su parte, a partir de su notificación (carp. 10), COLFONDOS S.A. contestó la demanda el 4 de agosto de 2021 a través de poderhabiente judicial (carp. 16 doc. 2), quien se opuso a las pretensiones de la demanda, como quiera que la afiliación se presentó en virtud al derecho de la parte actora a libremente escoger el fondo de pensiones, luego de que los asesores de la AFP le brindaran una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de la misma, las ventajas y desventajas, y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional. Seguidamente, propuso los medios enervantes que nominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor a la AFP, prescripción, compensación y pago.

A su turno, luego de ser notificada (doc. 26), PORVENIR S.A. presentó contestación a la demanda el 14 de octubre de 2021 por intermedio de gestor judicial (carp. 18 doc. 02), con la que se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en razón a que la afiliación de la parte demandante en el año 2000 se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del

RAIS y de sus condiciones pensionales. Como medios exceptivos enervantes propuso los que rotuló: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y compensación.

Luego de notificada (carp. 08), PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda el 9 de agosto de 2021 a través de mandataria judicial (carp. 13 doc. 02), con la que se opuso a las pretensiones de la demanda, toda vez que el acto de traslado es válido por estar exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, al tiempo de proponer las excepciones de fondo que intituló: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP por inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la ineficacia por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y traslado de aportes.

1.2. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida 26 de octubre de 2022 (carp. 32 docs. 01), en la que la cognoscente de instancia declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, ordenando a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los porcentajes descontados para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, cuotas de administración y seguros previsionales, debidamente indexados, y lo propio ordenó a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., esto es, a trasladar a COLPENSIONES los porcentajes descontados para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, por cuotas de administración y por seguros previsionales, indexados; a su turno, a COLPENSIONES, a tener como afiliada a la demandante y a recibir los dineros trasladados por las AFP, a la vez de gravar en costas procesales a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A., a favor de la demandante.

1.3 APELACIÓN

Decisión que fue recurrida oportunamente en apelación por el apoderado judicial de la parte actora, en cuanto se absolvió de costas procesales a COLPENSIONES, con fundamento en que dicha entidad contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, y la norma ordena que se debe condenar en costas a quien ha sido vencida en juicio.

En adición, la gestora judicial de PORVENIR S.A. interpuso oportunamente el recurso de apelación, en cuyo sustento señaló que no es posible devolver las cuotas de administración y seguros previsionales, debido a que tales descuentos están autorizados por ley en ambos regímenes pensionales, a más de que no están destinados a financiar la pensión de vejez y por ello prescriben, siendo que la Superintendencia Financiera estableció que dichos conceptos no son materia de devolución. Además, indica que la condena al pago indexado implica una doble condena, toda vez que los rendimientos compensan ampliamente la indexación.

1.4. CONSULTA

Toda vez que la decisión de primera instancia fue desfavorable a los intereses de COLPENSIONES, se analizará igualmente la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta a su favor en los puntos que no hayan sido objeto de la alzada.

1.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

En el trámite de segunda instancia, a través de poderhabiente judicial, PORVENIR S.A. solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, para en su lugar, se absuelva a su representada de todas las pretensiones.

A su turno, a través de poderhabiente judicial, COLPENSIONES señaló que debe revocarse íntegramente la decisión de primera instancia, ordenando la permanencia del afiliado en el RAIS, y que a título de perjuicio se le ordene a dicho fondo que una vez cumpla los requisitos exigidos en el RPM se le reconozca la pensión de vejez en las mismas condiciones que le hubieran correspondido en Colpensiones, condenando en costas a favor de su representada, habida cuenta que es un tercero ajeno a relación jurídico sustancial. De manera subsidiaria, deprecia que se ordene la indexación de todos los valores ordenados en primera instancia y con destino a Colpensiones.

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 los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y la AFP demandada, advirtiéndose que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del C.P.L. y S.S., el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de la alzada, al igual que se examinará la sentencia

de instancia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en los puntos no apelados, para lo cual se plantea el estudio del siguiente:

2.1. PROBLEMA JURÍDICO:

El *thema decidendi* en la presente Litis se contrae a dilucidar: ¿Si operó la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional efectuado por el extremo litigioso por activa a la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad convidada a juicio?, y de ser así, ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas derivadas de la ineficacia del traslado?

2.2 TESIS DE LA SALA Y SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

El sentido del fallo de esta Corporación será **confirmatorio**, siguiendo la tesis de que no se brindó la asesoría cualificada que pregona el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con base en la cual, deben contemplarse todas las consecuencias jurídicas que conlleva la devolución de las cotizaciones, esto es, el traslado de las sumas descontadas para cubrir los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, las sumas adicionales de la aseguradora y los gastos o comisión de administración, debidamente indexados, **adicionándolo** únicamente en el sentido de señalar que las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deben devolver, si no lo han hecho, igualmente todos rendimientos financieros, de conformidad con los planteamientos que pasan a exponerse:

2.2.1 Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS

En lo que interesa a la Litis, no es objeto de discusión los siguientes hechos: que la accionante venía afiliado al público previsional en pensional desde el 21 de junio de 1988 (carp. 01 doc. 03 pág. 190 y 168); que no es beneficiaria del régimen de transición ni por edad (carp. 01 doc. 03 pág. 161) ni por tiempo de servicios cotizados (carp. 01 doc. 03 pág. 190); que NUVIA CARRASCAL FORERO se trasladó el **24 de agosto de 1995** a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A. (carp. 01 doc. 03 pág. 168), luego de lo cual el 13 de octubre de 2000 se afilió a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. (carp. 01 doc. 03 pág. 208), y finalmente se afilió a la AFP COLFONDOS S.A. el 31 de octubre de 2012 (carp. 01, doc. 03 pág. 197); así como que el 17 de enero de 2020 solicitó a COLPENSIONES su traslado al RPMPD, petición que fue denegada mediante comunicado del 21 de enero de 2020 (carp. 01, doc. 03, pág. 212).

Para resolver de fondo la Litis, sea lo primero señalar que esta Corporación viene acogiendo el criterio jurisprudencial sostenido antaño por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y desarrollado desde el año 2008 con la sentencia de radicación n.º 31989 del 9 de septiembre de 2008 hasta la sentencia SL1217-2021, línea jurisprudencial en la que se cimienta el precedente judicial por seguir, de donde se desprende que el deber de información veraz, claro y completo a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un imperativo ineludible desde su creación; que el formulario de afiliación es insuficiente para probar el cumplimiento de tal deber, requiriéndose la prueba del consentimiento informado; que la carga de la prueba le corresponde a las AFP, por virtud de su inversión a favor de la afiliado como parte directamente vulnerable de la relación jurídica, sin necesidad de auto que declare la asunción de la carga probatoria, y que el alcance de la jurisprudencia laboral citada, permite aplicarla a todos los eventos de traslado de régimen pensional, sin importar que el derecho esté consolidado, sea beneficiaria del régimen de transición, o esté próxima o no a pensionarse, criterio jurisprudencial replicado más recientemente en la sentencia SL3871-2021.

En esa misma dirección, preciso es ponderar por la Sala que para la fecha del traslado de régimen pensional el 24 de agosto de 1995, la AFP accionada tenía la obligación de brindar información privilegiada y detallada en cumplimiento de lo normado en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, y 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, lo que en palabras de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1217-2021, 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.”*

Conforme los anteriores basamentos legales y jurisprudenciales, tenemos que, en lo concerniente a la afiliación inicial, se allegó el correspondiente formulario de afiliación (carp. 01 doc. 03 pág. 168), el cual no fue desconocido ni tachado de espurio por la parte actora; empero, tal probanza no refleja que se haya presentado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP cumpliera con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, en tanto que no basta explicar los beneficios y características de cada uno de los regímenes, sino también las

consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas de cuya explicitud no hay prueba alguna, previo al momento de efectuarse el traslado o con ocasión de este.

En este punto, estima pertinente la Sala acotar que si la AFP no cuenta con ningún soporte documental para la fecha del traslado de régimen, al brindarse la información únicamente de manera verbal, tal circunstancia deja entrever una clara contravención de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegarse un formato pre-impreso de afiliación cumpliendo con los requisitos formales que indica la Superintendencia Financiera de Colombia, 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 advertencia de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima debía efectuarse aportes voluntarios adicionales o extraordinarios a las deducciones que por ministerio de la Ley deben hacerse 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 beneficiarios por sobrevivencia incrementan dicha suma mínima requerida, entre otras particularidades, puesto que *in fine* la asesoría no debe estar encaminada simple y llanamente a persuadir al afiliado con llamativos rendimientos financieros o la posibilidad de acceder a la pensión sin importar la edad, sino que debe orientarse también a que la afiliado pueda lograr la prestación económica que mejor se acompase con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

Ahora, si bien la litigiosa por activa de la relación procesal acepta en el interrogatorio que su traslado estuvo mediado por un asesor de la AFP que llegó a su oficina (min. 22:00) y que ella suscribió el formulario de afiliación personalmente (min. 27:00); no puede pasar de soslayo la Sala que el deber de información únicamente se satisface con la evidencia de que la decisión de la afiliada haya sido libre e informada, lo que no se logra acreditar por la AFP accionada, pues por el contrario, la accionante aclaró que no tuvo asesoría previamente a la afiliación, pues el asesor únicamente le pidió los datos para enviarle el formulario diligenciado para que ella lo firmara (min. 23:00), pero sin indicarle todas las características comparativas de los regímenes pensionales, ni las modalidades y requisitos pensionales de dicho régimen, y lo que es más gravoso, sin explicarle cuáles eran las posibles desventajas de afiliarse al RAIS.

En lo concerniente a las re-asesorías para el traslado entre AFP del mismo régimen, esta Sala ha sido del criterio de que las mismas no convalidan la actuación viciada de traslado, por manera que aún bajo el supuesto de que el 14 de febrero de 2020 se le hubiere informado sobre el posible monto de las mesadas pensionales en el RAIS (carp. 01 doc. 03

pág. 177 y 196), y todavía en el entendido de que hubiera recibido la debida asesoría en sus posteriores afiliaciones en el RAIS el 13 de octubre de 2000 (carp. 01 doc. 03 pág. 208) y el 31 de octubre de 2012 (carp. 01, doc. 03 pág. 197); ello no tendría la virtualidad de subsanar o convalidar las falencias de información al momento del traslado de régimen pensional. A este respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tuvo la oportunidad de pronunciarse en los siguientes términos: *“esta Corporación ha sostenido que «Brindar el servicio de reasesoría al afiliado no sana el incumplimiento de la administradora de pensiones de su deber de información por dos razones: la primera, porque el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad implica la pérdida de los beneficios derivados del régimen de transición y, la segunda, porque la oportunidad de información se juzga al momento del acto jurídico del traslado no con posterioridad -un dato sólo es relevante y útil si es oportuno» (SL 1688-2019)” (SL4705-2021).*

Es de resaltar que la AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad en la que se hizo la afiliación y traslado de régimen pensional, no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el asesor que atendió a la litigiosa por activa 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, pues por el contrario, la falta de soporte documental o archivo de la historia laboral 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 suficientes las manifestaciones ambiguas y generalizadas hechas por el extremo litigioso activo en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las referidas a la condición académica o nivel de instrucción de la demandante (min. 21:00), ante un tema de alta complejidad como lo es el cálculo de una mesada pensional, más para una persona totalmente profana en materias actuariales, al igual que las referidas a que el afiliado no haya realizado indagaciones por su cuenta de su situación pensional, en tanto el deber de brindar tal información corresponde *ope legis* a la AFP.

De igual forma, en el mismo precedente judicial en cita, la Corte Suprema de Justicia estudia la excepción de saneamiento de la nulidad relativa, precisando que el cambio de régimen pensional 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 las consecuencias prácticas, esto es, el restablecimiento del *status quo*, indicando 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)2. Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».” (S1467-2021).

Así las cosas, habrá de confirmarse la decisión de instancia en este tópico, en cuanto con acierto declaró la ineficacia el traslado efectuado por la demandante al RAIS.

2.2.2. Traslado de las cotizaciones.

A este respecto, conviene precisar que tal devolución debe ceñirse a los términos del artículo 1746 del Código Civil, en consonancia a lo pregonado por la jurisprudencia del máximo tribunal de esta jurisdicción, en sentencias con radicado n.º 31898 de 2008, SL4989-2018 y SL1429-2019, en paralelo a que COLPENSIONES tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que el hecho de que dicha entidad pueda tratarse de un tercero constituya un impediente para recibir los aportes realizados, por la simple y llana razón de que esta entidad administra el régimen de prima media con prestación definida, y atendiendo a que 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 declarada la ineficacia del traslado en el RAIS, consiguientemente la AFP deberá devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación.

En el anterior contexto, la Sala estima pertinente resaltar las prédicas de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en la sentencia SL2877-2020, en la que se recapitulan las implicaciones y consecuencias de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, de la cual se trasuntan los apartes pertinentes:

“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 el fondo de garantía de pensión mínima (Decreto 3995 de 2008 artículo 7, Sentencia SU-062 de 2010) y las sumas 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 sin razón financiera atendible, pues a pesar de que tales descuentos tuvieron un origen legal y sirvieron en su momento a un propósito pre-establecido como el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, la administración financiera de las cotizaciones o el fortalecimiento de un fondo de garantía, aquellos nunca hubieran sido deducidos por la AFP de no haberse verificado la afiliación y traslado de régimen pensional de la pretensora.

Finalmente, esta Sala considera que hay lugar al traslado de todas las cotizaciones y sus rendimientos a COLPENSIONES, a propósito de que engrosen el fondo común de naturaleza pública, según 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 materialización 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 atrás referenciada, se deben devolver todos los rubros descontados de las cotizaciones, y si bien no soslaya esta Sala que existe un pronunciamiento de la Superintendencia Financiera en torno del tema, es preciso indicar que tal acto aborda es el traslado de régimen pensional por voluntad propia y no en virtud de la declaratoria de su ineficacia, además de no ser de obligatorio acatamiento para los operadores judiciales; de ahí que, la Sala se aviene al precedente jurisprudencial que en

derredor del tema ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como ampliamente quedó dicho en líneas anteriores.

Así mismo, debe ordenarse que la devolución de los descuentos de manera indexada, atendiendo a que si bien aquella no fue impetrada con la demanda, vale decir, no fue materia de debate en el presente proceso, debe procederse a su reconocimiento oficioso, en tanto que ello no se traduce en una condena sino que solo entraña el reconocimiento del efecto de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda por el paso del tiempo de las sumas descontadas de las cotizaciones por los rubros atrás descritos, prohijándose el criterio jurisprudencial expuesto en la reciente sentencia SL950-2022 emitida por la H. Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral.

En suma, vale acotar por recapitular los predicamentos del máximo tribunal de casación laboral, en la reciente sentencia SL1126-2022, Radicación n.º90257, del 23 de marzo de 2022, M.P. Omar Ángel Mejía Amador, cuando describe de forma meridiana cuál es la carga impositiva para los fondos privados, aun tratándose de traslados horizontales dentro del RAIS, que significa la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en los siguientes términos: “...Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020, SL 5595-2021). Y sin perjuicio de las acciones que pueda ejercer Colpensiones por los conceptos adeudados a favor del demandante generados en virtud de los múltiples traslados”. -Subrayas de la Sala-

Ello así, habrá de confirmarse la decisión de la *a quo* en tanto ordenó la devolución de todos los aportes obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante y sus rendimientos, junto con todos los rubros deducidos de las cotizaciones realizadas a la AFP convidada al juicio, de manera indexada, adicionándolo únicamente en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deben devolver a COLPENSIONES, si no lo han hecho, todos rendimientos financieros.

2.2.3 Excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, se memora que *“la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, 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 de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas - carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360- 2019 y CSJ SL373-2021).”* (SL3871-2021), a más de que esta Sala ha sido del iterativo criterio que en esta clase de procesos, las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia hacen imperativo el traslado de las aportaciones de manera integral, 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 (SL361-2019).

2.3 COSTAS

La absolución en costas a favor de COLPENSIONES dispensada en primera instancia por la *a quo*, se confirma, toda vez dicha entidad no intervino ni tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen pensional efectuado por la promotora del juicio el **24 de agosto de 1995** a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A. (carp. 01 doc. 03 pág. 168), habida cuenta que para tal data la demandante ni siquiera se encontraba afiliada al extinto ISS, hoy COLPENSIONES, para los riesgos IVM, sino que se encontraba afiliada a la caja previsional de su empleador de derecho público desde el 21 de junio de 1988 (carp. 01 doc. 03 pág. 190 y 168), por manera que las órdenes proferidas en su contra en el presente proceso, no obedecen a que fuere vencida en juicio, sino a las consecuencias lógicas y necesarias de la declaratoria de ineficacia de su traslado al RAIS, ante el incumplimiento del imperativo deber de información por la AFP que sí fue vencida en juicio.

Sin costas en esta instancia contra COLPENSIONES, teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia se analizó integralmente a su favor en sede jurisdiccional de consulta.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora, en favor de COLPENSIONES, fijándose como agencias en derecho la suma de un (1) SMMLV, esto es, la suma de **\$ 1.160.000**, por haberse resuelto desfavorablemente el recurso de apelación propuesto, de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 365 del CGP, aplicable al proceso laboral por remisión analógica del artículo 145 del estatuto instrumental laboral, sin que se presentare ninguna

causa o razón que permitiera al juzgado de instancia abstenerse de condenar en costas procesales. Por las mismas razones, también se impone condenar en costas a PORVENIR S.A., en favor de la parte demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.160.000.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR un párrafo al numeral CUARTO la sentencia venida en apelación y consulta proferida el 26 de octubre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, el cual quedará en los siguientes términos:

*“**CUARTO:** ORDENAR a PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. trasladar los porcentajes descontados por DAVIVIR y HORIZONTE respectivamente, para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales debidamente indexados desde el momento en que se descontaron.*

***Parágrafo:** ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos rendimientos financieros que se hubieren generado a favor de la demandante, si aún no lo hubieren hecho.”*

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás las sentencia materia de apelación y de consulta.

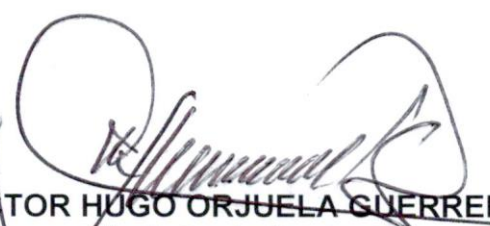
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de NUVIA CARRASCAL FORERO a favor de COLPENSIONES, fijándose como agencias en derecho la suma de \$ 1.160.000; y a cargo de PORVENIR S.A. en favor de NUVIA CARRASCAL FORERO, fijándose como agencias en derecho la suma de \$ 1.160.000. Las de primera instancia se confirman.

Lo resuelto se notifica mediante **EDICTO**, acogiéndose el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, vertido en la reciente providencia AL2550-2021 del 23 de junio de 2021, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

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

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


Cópiese, comuníquese y cúmplase.



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente



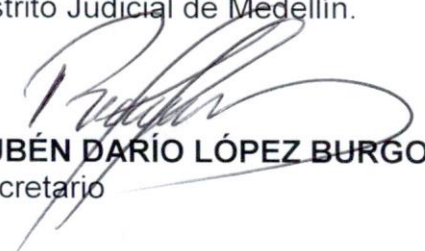
CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES
Magistrado



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada

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 de Distrito Judicial de Medellín.



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario