



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandantes: ANA LUZ SERNA TOBÓN
Demandantes: COLPENSIONES y OTROS
Procedencia: JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA n.º 76
Radicado n.º: 05001-31-05-001-2020-00425-01 (O2-23-053)

En Medellín, a los días diecinueve (19) días del mes de mayo 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 del 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 el recurso de apelación interpuesto por 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 **ANA LUZ SERNA TOBÓN** en contra de **COLPENSIONES**, **COLFONDOS S.A.**, y de **PORVENIR S.A.**, con radicado n.º 05001-31-05-001-2020-00425-01 (O2-23-053).

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 **ANA LUZ SERNA TOBÓN** pretende que se declare la ineficacia de su traslado de régimen pensional, sea devuelto a COLPENSIONES las cotizaciones y rendimientos, ordenando a la entidad pública la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, y el pago de las costas del proceso, con sustento fáctico en que nació el 29 de octubre de 1965; que estuvo afiliada al ISS, hasta que se trasladó al RAIS a través de la AFP HORIZONTE S.A., el 12 de mayo de 1995, luego de lo cual, el 24 de noviembre de 1995 se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A., y posteriormente, el 1º de febrero de 1997 se afilió a la AFP PORVENIR S.A.; que al momento del traslado, nunca se

le puso en conocimiento la diferencia en el valor de la mesada pensional entre los régimen, y que el día 23 de septiembre 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 27 de noviembre de 2020 (doc. 3), con el cual ordenó su notificación y traslado a la parte accionada.

Una vez notificada (doc. 12), COLPENSIONES contestó la demanda el 15 de septiembre de 2021 por intermedio de mandatario judicial (doc. 2), con la que se opuso a la prosperidad de las pretensiones en la medida que la accionante realizó válidamente su traslado al RAIS estando en la prohibición de regresarse por faltarle menos de diez años. En su defensa, postuló las excepciones de fondo de nominó: inexistencia de presupuestos legales para decretar la ineficacia, prescripción, compensación indexada y buena fe.

Por su parte, a partir de su notificación (carpeta 06 doc. 02 y 03), COLFONDOS S.A. contestó la demanda el 12 de noviembre de 2021 a través de apoderado judicial (carpeta 10 doc. 2 pág. 1 y 11), quien se opuso a las pretensiones de la demanda, como quiera que no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar favorablemente las mismas, y quien debe pronunciarse frente al traslado de régimen es la administradora PORVENIR S.A., al tratarse de una actuación ajena e inoponible a su representada. Seguidamente, propuso los medios enervantes que nominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor, prescripción de la acción para solicitar la nulidad, compensación y pago.

A su turno, luego de ser notificada (carpeta 07 doc. 2 pág. 1), PORVENIR S.A. presentó contestación a la demanda el 12 de noviembre de 2021 por intermedio de gestora judicial (carpeta 09 doc. 2, pág. 1 y 18) con la que se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en razón a que no se demostró la causal de ineficacia que invalide la afiliación voluntaria, y carece de todo fundamento jurídico y fáctico. Como medios exceptivos enervantes propuso los que rotuló: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y buena fe.

1.2. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida 14 de febrero de 2023 (carpeta 22, doc. 1 pág. 1 y 4), en la que la cognoscente de instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS, quedando ineficaces los posteriores traslados entre administradoras, ordenando a COLPENSIONES tener a la demandante válidamente afiliada al RPMPD, y homologar las semanas cotizadas al RAIS, previo el recibo del correspondiente saldo de la cuenta de ahorro, además ordenó a PORVENIR S.A., que en un término no mayor a 30 días traslade el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual, cotizaciones y rendimientos a COLPENSIONES y tanto a PORVENIR S.A. como a HORIZONTE S.A. y a PORVENIR S.A., a devolver los porcentajes descontados para garantía de la pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales que fueron descontados, debidamente indexados, declarando no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; al tiempo de condenar en costas a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., a favor de la demandante.

1.3 APELACIÓN

La decisión fue recurrida oportunamente en apelación por la apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A., en cuyo sustento señaló que no existían razones para la declarar la ineficacia, habiéndose probado que la demandante tuvo asesoría de carácter verbal con la que se le explicaron los aspectos del RAIS. Afirmó, que las pretensiones incoadas por la pretensora son meramente económicas y la AFP cumplió con su deber de medio, siendo la demandante consciente de los actos jurídicos celebrados sin que se puede desconocer la voluntariedad, por ende solicita sea revoque el traslado de los aportes recibidos durante el tiempo de afiliación y que no sean devueltos los gastos de administración, seguros previsionales y aportes a la garantía de pensión mínima. En subsidio, solicitó que sea revocada la indexación, pues si bien se busca resarcir el detrimento que el dinero tiene en el tiempo, este se encuentra compensado con los rendimientos generados, a más de que la AFP PORVENIR S.A. obró de buena fe, con diligencia, ajustado a las normas jurídicas.

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

A su turno, a través de apoderado judicial, COLPENSIONES señaló que debe revocarse íntegramente la decisión de primera instancia, ordenando la permanencia de la afiliada 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. De manera subsidiaria, depreca que se ordene la indexación de todos los valores ordenados en primera instancia y con destino a Colpensiones.

Por su parte, el vocero judicial de PORVENIR S.A., presentó escrito de conclusión en el cual afirma que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, se le entregó a la parte demandante la información necesaria y obligatoria y ésta contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen. Por último, esgrimió que toda decisión de traslado de régimen pensional debe tener como objetivo constitucional la estabilidad y sostenibilidad del sistema, por lo que es imperioso en la actualidad, hacer un análisis de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados, además de que se obró de buena fe, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A., advirtiéndose que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del 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 pregonaba 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 la AFP COLFONDOS 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 afiliada al régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) administrado por el otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 17 de julio de 1992 (carpeta 09 doc. 2 pág. 44); que no es beneficiaria del régimen de transición ni por edad (carpeta 01 doc. 3 pág. 160) ni por tiempo de servicios cotizados (carpeta 09 doc. 2 pág. 44); que **ANA LUZ SERNA TOBÓN** se trasladó al RAIS el día **12 de febrero de 1995** a la AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. (carpeta 09 doc. 2 pág. 26), luego de lo cual el día 24 de noviembre de 1995 se afilió a la AFP COLFONDOS (carpeta 10 doc. 2 pág. 15), para por último afiliarse a la AFP PORVENIR S.A., el día 1º de diciembre de 1996 (carpeta 9, doc. 2 pág. 25) y finalmente solicitó a COLPENSIONES el 23 de septiembre de 2020 la afiliación, petición que fue denegada mediante comunicado del mismo día (carpeta 02 doc. 3 pág. 70 y 71).

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 afiliada 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 12 de febrero 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 1° 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 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.”*

Conforme los anteriores basamentos legales y jurisprudenciales, tenemos que, en lo concerniente a la afiliación inicial, se allegó el correspondiente formulario de afiliación (carpeta 09 doc. 2 pág. 26), 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 afiliada con llamativos rendimientos financieros o la posibilidad de acceder a la pensión sin importar la edad, sino que debe orientarse también a que la afiliada pueda lograr la prestación económica que mejor se acompañe con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

Ahora, si bien la litigiosa por activa de la relación procesal acepta en el interrogatorio que previo a su traslado tuvo una asesoría con un representante a la AFP (min. 18:24), 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 la asesoría fue de muy corta duración (min. 18:34), asegurándosele principalmente que el ISS se iba a acabar (min. 18:42), 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 7 de septiembre de 2020 se le hubiere informado sobre el posible monto de las mesadas pensionales en el RAIS (carpeta 01 doc. 3 pág. 75 a 78), y todavía en el entendido de que hubiera recibido la debida asesoría en sus posteriores afiliaciones en el RAIS el 24 de noviembre de 1995 (carpeta 10 doc. 2 pág. 15) y el 1° de diciembre de 1996 (carpeta 9, doc. 2 pág. 25); 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 afiliada 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 afiliada, 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. 17:34), 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 la afiliada 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 COLFONDOS S.A., devolver a COLPENSIONES, si no lo ha 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

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., en favor de la parte demandante, fijándose como en derecho la suma de un (1) SMMLV, esto es, la suma de **\$ 1.160.000**, y 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.

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.

Por las mismas razones, se confirma la condena en costas proferida en primera instancia frente a PORVENIR S.A., puesto la AFP contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, siendo vencida en el juicio de primera instancia.

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 14 de febrero de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, el cual quedará en los siguientes términos:

*“**CUARTO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES en un término no mayor a 30 días los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales, indexados desde la fecha en que se descontaron.***

Parágrafo: *ORDENAR a COLFONDOS 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.

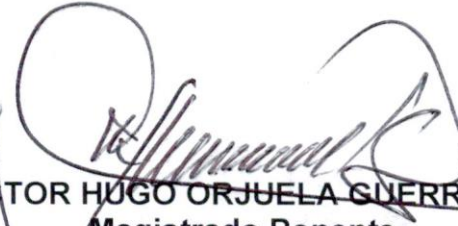
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., fijándose como agencias en derecho la suma de **\$ 1.160.000**, en favor de ANA LUZ SERNA TOBÓN. Las de primera instancia se confirman.

Lo resuelto se notifica mediante **EDICTO**, acogándose 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.

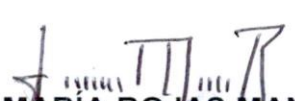
Cópiese, comuníquese y cúmplase.



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente



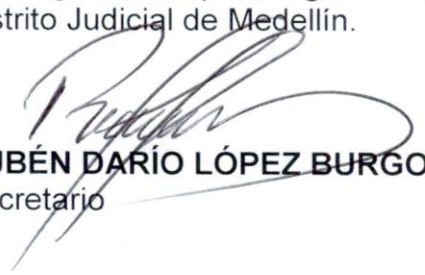
CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES
Magistrado



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