



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandantes: HENRY QUESADA GÓMEZ
Demandados: COLPENSIONES y OTROS
Procedencia: JUZGADO VEINTIDÓS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA n.º 77
Radicado n.º: 05001-31-05-022-2020-00001-01 (O2-23-055)

En Medellín, a los 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 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 propuesto por PORVENIR S.A.; así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la administradora de pensiones pública demandada, dentro del proceso ordinario instaurado por **HENRY QUESADA GÓMEZ** en contra de **COLPENSIONES**, **PROTECCIÓN S.A.**, **SKANDIAS.A.**, **PORVENIR S.A.**, con radicado n.º 05001-31-05-022-2020-00001-01 (O2-23-055).

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 vocero judicial el litigioso por activo, **HENRY QUESADA GÓMEZ** pretende que se declare la ineficacia del traslado de régimen de ahorro individual, la reactivación sin solución de continuidad de la afiliación a COLPENSIONES, con el traslado de la totalidad del saldo del al RAIS al RPMPD con sus rendimientos, frutos, intereses, sumas adicionales y cuotas de administración, así como el reconocimiento y pago de las costas del proceso, con sustento fáctico en que nació el 19 de agosto de 1962 y se afilió al ISS por los riesgos de IVM en el año 1990, hasta el año 1994 cuando se trasladó al RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A., luego de lo cual se afilió a SKANDIA S.A., hoy OLD MUTUAL S.A., y

posteriormente en el año 2011 se afilió PROTECCIÓN S.A., AFP en la que se encuentra afiliado actualmente; que al momento del traslado no le brindaron información en relación con que la pensión dependería de un capital ahorrado, ni le explicaron el derecho al retracto, ni el tiempo mínimo de permanencia, ni los factores que influyen en la liquidación de la pensión de vejez; y que el 18 de marzo de 2019 solicitó a COLPENSIONES el traslado de administradora de pensiones, pedimento que fue resuelto negativamente el 13 de agosto de 2019.

1.1 TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 15 de enero de 2020 (doc. 6), con el cual ordenó su notificación y traslado a los accionados.

El extremo pasivo de la relación procesal PROTECCIÓN S.A., luego de notificada (doc. 11 pág. 4), contestó la demanda el 21 de octubre de 2020 por intermedio de apoderado judicial (doc. 24 pág. 1 y 22), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el acto existe, es válido y está exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, solemnizándose así su afiliación. Seguidamente, propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, falta del juramento estimatorio, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, prescripción e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración.

Por su parte, estando notificada (doc. 7), COLPENSIONES contestó la demanda el 26 de febrero de 2020 a través de apoderado judicial (doc. 14 pág. 1 y 12), oponiéndose a la prosperidad de la demanda ya que el demandante se trasladó de manera libre, voluntaria y espontánea al RAIS, a la vez de proponer las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación de traslado de régimen, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, buena fe, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad SUI GENERIS, proporcionalidad y ponderación, indebida aplicación de las normas, e improcedencia de condena en costas.

El polo pasivo de la relación procesal, SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., estando notificada (doc.10), contestó la demanda el 6 de marzo de 2020 a través de apoderada judicial (doc. 18 pág. 13 y ss.), oponiéndose a las pretensiones elevadas, toda vez que la vinculación es un acto que goza de plena validez, se celebró cumpliendo con el respectivo deber de información, donde se le presentaron las ventajas, desventajas del RAIS y como consecuencias de la información o asesoría brindada, el demandante tomó una decisión

informada, libre, espontánea y sin presiones. Seguidamente, propuso los medios enervantes de fondo que tituló: prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y pago.

Por último, PORVENIR S.A. una vez notificada (doc. 19), dio respuesta a la demanda el 19 de noviembre 2020 a través de apoderada judicial (doc. 21 pág. 1 y 30), quien se opuso a las pretensiones de la demandada, arguyendo al efecto que la afiliación se realizó de forma informada, libre y voluntaria, donde se suministró toda la información clara, suficiente y veraz explicándole las características del régimen, al tiempo de postular las excepciones de mérito que denominó: 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 28 de noviembre de 2022 (doc. 35 y 36), con la que el cognoscente de instancia declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante al RAIS, condenando a COLPENSIONES a tener a la parte demandante como su afiliado sin solución de continuidad y a consolidar en la historia pensional todo el tiempo cotizado, condenando a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros, así como ordenó a PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES las cuotas o gastos de administración por el tiempo que el demandante estuvo afiliado a cada una, y de manera indexada, así como las gravó en costas en favor de la parte demandante.

1.3. APELACIÓN

Decisión que fue apelada oportunamente por la apoderada judicial de PORVENIR S.A., la que al efecto indicó que el demandante se afilió de manera válida, libre, voluntaria e informada, según las normas vigentes en su momento, desconociendo la sentencia condenatoria el principio de irretroactividad y la seguridad jurídica, además de que no resulta coherente que se declare la ineficacia como quiera que la aplicación de dicha figura deriva en que el negocio no se ha celebrado jamás y se tendrían que devolver a su mandataria los frutos dados al demandante por la administración de los recursos. También, aduce que los rendimientos financieros al ser privativos del régimen de ahorro individual, ponen al demandante en una condición diferente a la que se encontraba al pertenecer al régimen de prima media, en contravención con lo establecido en el Código de Comercio. Finalmente, en cuanto a la comisión de administración, alega que no es procedente su devolución.

1.4. CONSULTA

Toda vez que la decisión de primera instancia fue desfavorable a los intereses de COLPENSIONES, se analizará igualmente en el grado jurisdiccional de consulta a su favor, en todo lo que no fue materia de la alzada.

1.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

En el trámite de segunda instancia, la apoderada judicial de PORVENIR S.A., allegó alegatos de conclusión, anotando que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, pues la decisión se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, siendo que el demandante realizó traslados de manera horizontal, lo que verifica su interés de mantenerse vinculado al RAIS. De cara a las sumas correspondientes a los gastos de administración, comisiones de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, expresó que cumplieron plenamente con su cometido y ello se refleja de manera positiva en la cuenta del afiliado, de suyo que ordenar su devolución atenta contra toda lógica e implica un enriquecimiento sin causa por la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas, derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico ordenado devolver o restituir un bien. Respecto al traslado de los rendimientos que generó la cuenta en el RAIS, afirma que no es posible la condena a una indexación, dado que los rendimientos superan la indexación, por lo que se estaría imponiendo una condena doble en contra de la AFP.

Por su parte, la vocera judicial de SKANDIA S.A., presentó escrito de alegaciones de conclusión en el cual afirma que la AFP actuó de buena fe dentro de toda relación contractual con el demandante y que ordenar que se devuelva el porcentaje de comisión de administración es generar un enriquecimiento sin causas, a más de que no resulta procedente reintegrar la comisión de administración cuando en el ejercicio legítimo de las obligaciones legales vigentes durante la vinculación a las AFP, sus actuaciones estuvieron dentro del marco de la buena fe. Por otra parte, resalta que es incompatible ordenar indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual no se han visto afectados por la inflación, sino que han generado rendimientos.

A su turno, COLPENSIONES a través de apoderada judicial, señala que frente al traslado de régimen, no sería procedente dado que el demandante se encuentra a menos de 10 años de adquirir el derecho a su pensión, y que de declararse la ineficacia en virtud a una

afectación de la selección libre y voluntaria del régimen pensional o por faltarle a un requisito de existencia o validez, los dineros conjuntamente con sus rendimientos, deben retornar a COLPENSIONES, de lo contrario generan un enriquecimiento sin justa causa a favor de la AFP.

Por último, el demandado a través de su apoderado judicial, afirmó que se configuró una lesión injustificable al consentimiento informado y a la libertad de selección de régimen pensional, derechos que devienen irrenunciables con fundamento constitucional en el artículo 48 superior, y tras examinar los medios de convicción documentales, educa, no emerge confesión ni hecho alguno capaz de desvirtuar las consideraciones que sirvieron de sustento.

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 estudiará la providencia 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 circunscribe en definir: ¿Si procede la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad?, y en caso afirmativo, ¿Cuáles son los efectos jurídicos que devienen 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, clara y completa que pregonaba el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y **modificatorio** en cuanto a las consecuencias jurídicas que conlleva la devolución de las cotizaciones, esto es, que se debe incluir además de los descuentos por gastos o comisión de administración, el traslado de las sumas descontadas para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima y para cubrir las primas de seguros previsionales, descuentos que las AFP encausadas deben devolver

con sus propios recursos y de manera indexada, así respecto de que PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., deben retornar a COLPENSIONES los rendimientos, si aún no lo hubiere hecho, 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 el accionante venía afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 14 de septiembre de 1990 (doc. 4 pág. 3 y 4); que no es beneficiario del régimen de transición ni por edad (doc. 4 pág. 1), ni por tiempo de servicios cotizados (doc. 4 pág. 3 y 4); que HENRY QUESADA GÓMEZ se trasladó el **30 de mayo de 1994** a la AFP PORVENIR S.A. (doc. 4, pág. 8); luego de lo cual se afilió a SKANDIA el 18 de noviembre de 2005 (doc. 4 pág. 23), para finalmente afiliarse a la AFP PROTECCIÓN el 14 de diciembre de 2011 (doc. 4 pág. 31); y que solicitó su traslado al RPMPD a COLPENSIONES el 22 de febrero del 2017 (doc. 15 doc. GEN-DDI-CI-2017_1942599-20170222053332) mismo que le fue denegado mediante comunicado del mismo día (doc. 15 doc. GEN-RES-CO-2017_1942599-20170222053831).

Para resolver de fondo la Litis, sea lo primero señalar que este juzgador plural 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 más reciente sentencia SL2229-2022, línea jurisprudencial en la que se haya el precedente judicial por seguir, de donde se desprende que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber ineludible desde su creación; que la suscripción del 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 del afiliado como parte débil de la relación jurídica contractual, 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 beneficiario del régimen de transición, o esté próximo o no a pensionarse.

En esa misma dirección, preciso es relieves por la Sala que para la fecha del traslado de régimen pensional el 30 de mayo de 1994, la AFP accionado tenía la obligación de brindar información 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 (doc. 4 pág. 8), el cual no fue desconocido ni tachado por la parte actor ; 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 no basta explicar los beneficios y características de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, de cuya explicitud no hay prueba alguna, previo al momento de efectuarse el traslado o a la sazón de este.

En este punto, estima pertinente la Sala acotar que si la AFP demandada no cuenta con ningún soporte documental para la fecha del traslado de régimen, al brindarle al actor 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 vinculación 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, aperciendo a el promotor del juicio de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima debía efectuar aportes voluntarios adicionales o extraordinarios 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, puesto que *in fine* la asesoría no 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 orientarse también a que el afiliado pueda lograr la prestación económica que mejor se acompase con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

Ahora, si bien el litigioso por activa de la relación procesal acepta en el interrogatorio que antes de suscribir el formulario de afiliación una promotora de la AFP le brindó una información (min. 23:46), no puede pasar de soslayo la Sala que el deber de información únicamente se satisface con la evidencia de que la decisión del afiliado haya sido libre e informada, lo que no se logra acreditar por la AFP accionado, puesto que por el contrario, el accionante enfatizó que la asesoría brindada previamente a la afiliación fue superficial y fragmentaria (min. 25:04), sin que se le hubiera indicado cuáles eran las características puntuales y comparativas del RAIS y del RPMPD, ni las posibles desventajas de su traslado de régimen pensional.

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 el acto jurídico írrito del traslado, por manera que aún bajo el supuesto de que el 16 de mayo de 2018 (doc. 4 pág. 26 y ss.) hubiere sido informado sobre el posible monto de sus mesadas pensionales por vejez en el RAIS y en el RPMPD, y todavía en el entendido de que en sus afiliaciones posteriores del 18 de noviembre de 2005 (doc. 4 pág. 23) y el 14 de diciembre de 2011 (doc. 4 pág. 31) se le hubiere dado la debida asesoría; ello no podría, *per se*, tener 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: *“la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones: (...) porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”* (SL1688 de 2019).

Es de resaltar que la AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad a la que se afilió y trasladó la pretensor, no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el ejecutivo de servicios que atendió a la litigiosa por activa cumpliera con su deber legal de suministrar información clara, completa y comprensible al potencial el 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, frente a un tema de alta complejidad como lo es la liquidación y cálculo de una mesada pensional, como también 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 privilegiada 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: *“a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*.

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

2.2.2 Traslado de las cotizaciones

A este respecto, es preciso indicar 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 como las SL31898 de 2008, SL4989-2018 y SL1429-2019, al tiempo que COLPENSIONES tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que el hecho de que dicha entidad sea un tercero la imposibilite para recibir los aportes, 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 el demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida;

ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que el demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima.

iii) que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor 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 la 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, habida cuenta que a pesar de que tales descuentos tuvieron un origen legal y sirvieron en su momento a un propósito jurídicamente preestablecido 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 detraídos por la AFP de no haberse verificado la afiliación y traslado de régimen pensional.

En esa misma dirección, 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 efectividad 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 es al precedente jurisprudencial que en derredor del tema ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como ampliamente quedó expuesto 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, esto es, 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 sólo en 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 asumida por 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 modificarse la sentencia de primera instancia, en el sentido de que las AFP que deben trasladar además de los descuentos por gastos o comisiones de

administración, las sumas descontadas para la aseguradora (primas previsionales) y por aportes al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, igualmente en forma indexada, así como ordenarle a SKANDIA S.A. y a PORVENIR S.A. que devuelvan a COLPENSIONES, si aún no lo han hecho, los rendimientos generados a favor del demandante durante su afiliación a dichas AFP.

2.2.3 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”* (SL1465-2021), a más de que esta Sala ha sido del iterativo criterio que en esta clase de procesos, la declaratoria de la ineficacia impone como consecuencia axial 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, como así lo decantó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL361, radicación 63615 del 13 de febrero de 2019.

2.3. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., y 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**, por haberse resuelto desfavorablemente el recurso de apelación propuesto, de acuerdo con la regla prevista en el numeral 1 del artículo 365 del CGP. Sin costas en esta instancia contra de COLPENSIONES, pues la sentencia se analizó integralmente en favor de dicha entidad pública en virtud al grado jurisdiccional de consulta.

Frente a las costas de primera instancia, habrán de confirmarse, en razón a que PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y formulando excepciones de mérito, habiendo sido vencida en juicio, y de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP.

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: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia venida en consulta y apelación proferida el 28 de noviembre de 2022 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín, el cual quedará en los siguientes términos:

***“SEGUNDO: CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A., a devolver o trasladar a COLPENSIONES todos los valores, recursos o sumas que hubiere recibido con motivo de afiliación y traslado del actor HENRY QUESADA GÓMEZ y que obren en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones realizadas, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con todos los rendimientos que se hubieren causado, a más de trasladar lo descontado sobre las cotizaciones por gastos o comisiones de administración, por primas del seguro previsional y por aportes al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, descuentos que deberá devolver o trasladar de manera indexada, de conformidad con la parte motiva de este fallo, y a la vez, se CONDENAR a COLPENSIONES a recibir y/o cobrar esos dineros.*

***Parágrafo: CONDENAR** a SKANDIA S.A. y a PORVENIR S.A., a devolver o trasladar a COLPENSIONES lo descontado sobre las cotizaciones por gastos o comisiones de administración, por primas del seguro previsional y por aportes al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, descuentos que deberá devolver o trasladar de manera indexada; así como también deberán trasladar, si aún no lo han hecho, los rendimientos generados a favor del demandante durante el tiempo de afiliación a cada AFP. A la vez, se CONDENAR a COLPENSIONES a recibir y/o cobrar esos dineros.”*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia venida en apelación y en consulta.

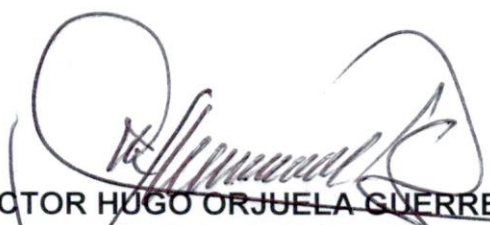
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y en favor de HENRY QUESADA GÓMEZ, fijándose como agencias en derecho la suma de **\$1.160.000**. Las de primera instancia se confirman.

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



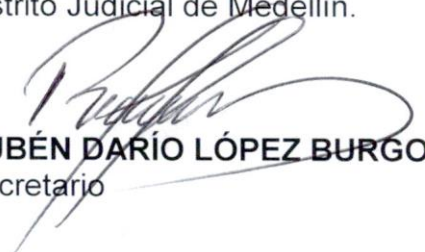
CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES
Magistrado



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