



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ALEJANDRO BUITRAGO CATAÑO
Demandados: COLPENSIONES y OTROS
Procedencia: JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA n.º 171
Radicado n.º: 05001-31-05-007-2022-00104-01 (O2-23-169)

En Medellín, a los veintitrés (23) días del mes de octubre 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 propuesto por PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, dentro del proceso ordinario instaurado por **ALEJANDRO BUITRAGO CATAÑO** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A.**, y **COLFONDOS S.A.**, con radicado n.º 05001-31-05-007-2022-00104-01 (O2-23-169).

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

1.1 Demanda. Mediante apoderada judicial, **ALEJANDRO BUITRAGO CATAÑO** pretende que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, la consiguiente reactivación y afiliación a COLPENSIONES sin solución de continuidad, con el traslado de rendimientos, cuotas de administración, bonos pensionales, primeras de reaseguro, indexación y sin ningún tipo descuento por los gastos de administración, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como sustento fáctico señaló: que nació el 6 de septiembre de 1961; que estuvo afiliado en el ISS, Colpensiones; que se trasladó a COLFONDOS S.A. en septiembre de 1995,

luego a PROTECCIÓN S.A. en octubre del 2000, y finalmente a PORVENIR S.A., en diciembre de 2005; que al momento del traslado de régimen las AFP no brindaron información sobre la diferencia entre los regímenes pensionales, bondades, ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado; que el 9 de febrero de 2022 presentó derecho de petición a COLPENSIONES pretendiendo regresar al régimen de prima media con prestación definida, pero le fue negada con respuesta del 12 de febrero de 2022. (Fols. 1 a 7 archivo No 03)

1.2 Trámite de primera instancia y contestación de la demanda. La demanda fue admitida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 10 de junio de 2022 (doc. 6 pág. 1 a 3), con el cual ordenó su notificación y traslado a las partes accionantes.

1.2.1 COLPENSIONES.: Una vez notificada (doc. 10 pág. 3), dio respuesta a la demanda a través de gestora judicial el 30 de junio de 2022 (doc. 9 pág. 31 a 56), oponiéndose a las pretensiones formuladas, por carecer de fundamentos fácticos ni legales, además que la afiliación fue una manifestación libre, y voluntaria; que el consentimiento se materializó con la suscripción del formulario de afiliación. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y falta de derecho para pedir, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en caso de ineficacia de traslado de régimen, buena fe, prescripción, imposibilidad de condena en costas, y la innominada o genérica.

1.2.2 COLFONDOS S.A.: El extremo pasivo de la relación procesal COLFONDOS S.A., contestó la demanda el 9 de septiembre de 2022 por intermedio de apoderado judicial (doc. 20 pág. 6 a 22), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la AFP brindó una asesoría de manera integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión de trasladarse, en la que se asesoró acerca de las características, funcionamiento, diferencias, ventajas y desventajas. Seguidamente, propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, ratificación de la afiliación del actor, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación y pago.

1.2.3 PROTECCIÓN S.A.: Contestó la demanda a través de poderhabiente judicial el 14 de septiembre de 2022 (doc. 21 pág. 1 a 24), oportunidad en la cual se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que a través de la firma del

formulario de afiliación se constata la aceptación del traslado; que el valor de la mesada pensional no puede servir de base para declarar la ineficacia del traslado; que se encuentra en la prohibición legal de traslado al estar a menos de 10 años para pensionarse. Propone como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, y traslado de aportes a otra administradora de fondo de pensiones.

1.2.4 PORVENIR S.A.: Contestó la demanda el 7 de julio de 2022 a través de apoderada judicial (doc. 11 pág. 1 a 30), oponiéndose a las pretensiones formuladas al considerar que el traslado se realizó de forma libre y voluntaria, donde se suministró información clara, suficiente y veraz explicándole las características del régimen. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena.

1.3 Decisión de primer grado. El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida el 13 de julio de 2023 (doc. 36 pág. 1 a 4 y archivo No 34 audiencia virtual), oportunidad en la cual el cognoscente de instancia declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante al RAIS; que se encuentra válidamente afiliado al RPMPD; ordenó a PORVENIR S.A., dentro de los 30 días siguientes traslade a COLPENSIONES, rendimientos financieros, gastos de administración, primas de seguro previsionales y sobrevivencia, porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados; ordenó a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores descontados por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima indexado; ordenó a COLPENSIONES a validar la afiliación y recibir la devolución de los dineros; declaró no probada la excepción de prescripción. Finalmente, gravó en costas a COLFONDOS S.A., a favor del demandante.

1.4 Apelación. Inconforme con la decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales:

1.4.1 Porvenir S.A.: Señaló que no existían razones fácticas ni jurídicas, para acceder a las pretensiones; que para la época no existía el deber de emitir siquiera proyección pensional de cara RPMPD y el RAIS; que no es posible ordenar la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, y los aportes al Fondo de Garantía de Pensión

Mínima de forma indexada, teniendo en cuenta que los gastos de administración son conceptos que se descuentan para el fondo efectué un servicio y generé frutos y rendimientos financieros, además que lo descontado es en beneficio del afiliado, ya que se genera rendimientos y por ende obtendría una mayor pensión. Finalmente, esgrime que la devolución de los rendimientos más la indexación implica una doble condena y un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

1.4.2 Colfondos S.A.: Manifestó que no es posible ordenar la devolución de los rendimientos de manera indexada, ya que los rendimientos fueron superiores a los que se pudieran generar en el ISS; que resulta excesiva la imposición de la indexación, ya que, con el traslado de los rendimientos se compensaría la depreciación del poder adquisitivo los recursos objeto de transferencia. En definitiva, solicita que se revoque la orden de devolver los conceptos de gastos de administración, seguros previsionales y lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Minina.

1.5 Trámite de Segunda Instancia. El recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta fue admitido por esta corporación el 4 de septiembre de 2023 (carp. 02, doc. 02), y en el mismo proveído se corrió traslado a las partes para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, presentaran alegatos de conclusión por escrito, de estimarlo del caso, siendo que oportunamente PORVENIR S.A. expone que se revoque la decisión de instancia ya que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS; que las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica, por lo que dichos descuentos, han cumplido con su cometido, esto es, con la generación de frutos o rendimientos y la cobertura y el servicio ya se ha prestado; que su devolución representa un enriquecimiento sin justa causa debido a la aplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de una nulidad o ineficacia, además toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones.

En igual sentido, la apoderada de la parte demandante remitió alegatos finales, solicitando confirmación de la decisión, en razón a que la decisión es apegada a la jurisprudencia sobre el tema.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

2.1 Apelación sentencia, y principio de consonancia. 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 PORVENIR S.A. y COLFONDOS 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, y de igual forma, se estudiará la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en todo lo que no sea objeto de apelación, para lo cual se plantea el estudio del siguiente:

2.2 Problema jurídico. El *thema decidendi* en la presente Litis se centra en definir: **i)** ¿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, **ii)** ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan 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** por cuanto hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional, siguiendo la tesis de que no se brindó la asesoría integral y cualificada que pregona el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, trayendo como consecuencias jurídicas la devolución de las cotizaciones, esto es, que se debe incluir también el traslado de las sumas descontadas para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, por seguros previsionales y por gastos o comisiones de administración, descuentos que deben ser devueltos de manera indexada, de conformidad con los planteamientos que pasan a exponerse:

2.3 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 a los riesgos de IVM administrado por el extinto ISS, hoy COLPENSIONES desde el 01 de febrero de 1992 (doc. 9 pág. 57 a 60); que no es beneficiario del régimen de transición por edad (doc. 3 pág. 11 y 12) ni por tiempo de servicios (doc. 9 pág. 57 a 60); que se afilió al RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A., (doc. 3 pág. 139), el 22 de agosto de 1995, luego se trasladó a la AFP SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., (doc. 21 pág. 37) el 25 de octubre de 2000, luego de lo cual se afilió a la AFP PORVENIR S.A., (doc. 11 pág. 34) el 20 de octubre de 2005; y que solicitó su traslado al RPMPD a COLPENSIONES el 9 de febrero de 2022 (doc. 3 pág. 140 a 141), que fue denegado mediante comunicado del 17 de febrero de 2022 (doc. 9 pág. 67 a 69).

2.5 Carga de la prueba y deber de información. 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 beneficiaria del régimen de transición, o esté próxima o no a pensionarse.

En esa misma dirección, preciso es relieves por la Sala que para la fecha del traslado de régimen pensional el 22 de agosto de 1995, la AFP accionada 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 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 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. 3 pág. 139), mismo que no fue tachado ni desconocido por el 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, apercibiendo a la promotora 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 acompañe con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

Ahora, si bien el litigioso por activa de la relación procesal acepta en el interrogatorio que suscribió el formulario de afiliación en la empresa donde laboraba (min. 28:29), 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 accionada, puesto que, por el contrario, el accionante enfatizó que la asesoría brindada previamente a la afiliación fue superficial, fragmentaria, grupal y de corte duración, asegurándose principalmente que el ISS se iba a acabar (min. 28:35), pero sin expresarle cuáles eran las características puntuales y comparativas del RAIS y del RPMPD, ni las posibles desventajas de su traslado de régimen pensional.

Es de resaltar que la AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad a la que se afilió y trasladó el pretensor, no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el ejecutivo de servicios que atendió al litigioso 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 por activa en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las referidas a la condición académica o nivel de instrucción del demandante 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.

Finalmente, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

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 la demandante al RAIS.

2.6 Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adocitrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: “**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**”.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió COLFONDOS S.A., en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 22 de agosto de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

2.7 Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Ha de indicarse que bajo el supuesto de la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información en razón del simple paso del tiempo, el máximo tribunal de esta jurisdicción, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, puntualiza que el hecho de que el demandante

haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar la mejor decisión en función de sus intereses y expectativas la entrega de datos e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro.

Desde este punto de vista, un dato sólo 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, pierde su utilidad, lo que equivale a una ausencia de información.

De igual forma, 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, el paso del tiempo no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional, así como tampoco opera el saneamiento de la nulidad relativa, por lo que, se confirmará la decisión de instancia en este tópico.

2.8 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, independientemente de si la parte actora estuvo afiliado al ISS con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

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 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 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 (SL 3321-2021 y SL1637-2022), 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 en cuanto que ello no se traduce en una condena sino en el reconocimiento del efecto de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda de las sumas descontadas de las cotizaciones por los rubros atrás descritos por el transcurso del tiempo, prohibiéndose 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 declararse la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional, a la vez de ordenar el retorno del actor al RPMPD a cargo de COLPENSIONES sin solución de continuidad, bajo la ficción jurídica de que nunca se desafilió de esta última entidad de seguridad social, junto a la devolución de todos los aportes en la cuenta de ahorro individual del demandante y rendimientos financieros irrogados, incluyendo los rubros detraídos de las

cotizaciones por la AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de afiliación en cada AFP), los que deberán devolverse debidamente indexados.

En ese orden, como la sentencia de primer grado congloba los conceptos atrás referidos, junto con la indexación, y extendió la condena a las AFP donde se encontraba afiliado el actor, habrá de confirmarse la decisión de instancia en este tópico.

2.9 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, debido a que con esta declaración se busca comprobar o constatar un estado de cosas - carencia de efectos jurídicos del acto de afiliación y traslado de régimen pensional desde su génesis 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).

2.10 Costas. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A., y en favor del 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. No se impondrá condena en costas contra COLPENSIONES, en tanto la sentencia de primer grado fue analizada integralmente en el grado jurisdiccional de consulta a su favor. Las de primera instancia se confirman.

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: CONFIRMAR la sentencia materia de apelación y consulta proferida el 13 de julio de 2023 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, según y conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.


SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A., y en favor de la parte demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de \$ 1.160.000 a cargo de cada una. 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente



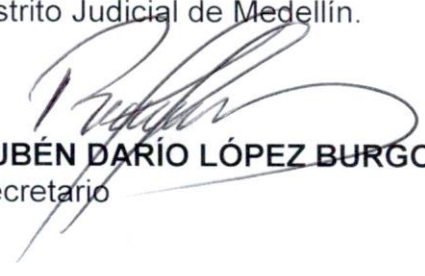
CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES
Magistrado



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