



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CARLOS MENESES ALFARO
Demandados: COLPENSIONES Y OTROS.
Procedencia: JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA n.º192
Radicado n.º: 05001-31-05-015-2021-00274-01 (O2-23-338)

En Medellín, a los quince (15) días del mes de diciembre 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 grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, dentro del proceso ordinario instaurado por **CARLOS MENESES ALFARO** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.**, con radicado n.º 05001-31-05-015-2021-00274-01 (O2-23-338).

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 poderhabiente judicial **CARLOS MENESES ALFARO** pretende que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional, de manera subsidiaria la ineficacia y/ inexistencia del traslado efectuado al RAIS, y como consecuencia, se ordene el retorno a Colpensiones sin solución de continuidad; que se ordene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones el total de las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por aportes obligatorios y rendimientos devengados durante su vinculación; que se ordene a COLPENSIONES a recibir los dineros correspondientes de la cuenta de ahorro individual. Finalmente, que se condene en costas procesales.

Como sustento fáctico sostuvo que se afilió al ISS, hoy Colpensiones desde abril de 1982; que en abril de 2003 se trasladó a Porvenir S.A.; que Porvenir S.A. omitió la obligación del buen consejo, sin que se haya dado información clara y completa de los beneficios y consecuencias del traslado; que solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, pero le fue denegado. (Fols. 1 a 12 archivo No 01)

1.2 Trámite de primera instancia y contestación de la demanda. La demanda fue admitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 10 de agosto de 2021 (doc. 03 Folio. 01), con el cual ordenó su notificación y traslado a las partes accionadas.

1.2.1 COLPENSIONES: Una vez notificada (doc. 08 pág. 1), contestó la demanda el 04 de noviembre de 2021 a través de gestor judicial (doc. 10 pág. 2 a 23), oportunidad en la cual se opuso a las pretensiones formuladas, en sustento en que el acto de traslado se dio de manera libre, voluntaria y sin presiones; que no se evidencian pruebas de un vicio en el consentimiento o de la indebida información brindada por la AFP del RAIS. Como excepciones de fondo formuló las de inexistencia de la obligación de traslado de régimen, prescripción, prescripción de la nulidad del acto jurídico, buena fe, imposibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, proporcionalidad y ponderación, indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional, sostenibilidad del sistema financiero de pensiones, improcedencia de condena en costas, y declaratoria de otras excepciones.

1.2.2 PORVENIR S.A.: Una vez notificada, dio contestación a la demanda a través de apoderada judicial el 31 de agosto de 2021 (doc. 21 pág. 1 a 34), oportunidad en la que se opuso a las pretensiones formuladas, argumentando que la afiliación al RAIS fue completamente válida, precedida de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria; que la parte demandante no aporta prueba que permita demostrar vicios en el consentimiento al momento del traslado. Propuso como excepciones de fondo las 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 fe.

1.2.3 SKANDIA S.A.: Una vez notificada, dio contestación a la demanda a través de apoderada judicial el 24 de octubre de 2022 (doc. 19 pág. 2 a 27), oportunidad en la que se opuso a las pretensiones formuladas, sosteniendo que el demandante para el momento del traslado contaba con las condiciones necesarias y suficientes para verificar, corroborar y ampliar la información que le fue otorgada por la AFP; que la demandante tuvo la oportunidad de ejercer su derecho al retracto y no lo hizo; que el deber de doble asesoría

no estaba vigente para la fecha del traslado; que el traslado se efectuó con pleno cumplimiento de los requisitos legales. Propuso como excepciones de fondo las que rotuló: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

1.2.4 PROTECCIÓN S.A.: Una vez notificada (doc. 22 pág. 1 a 2) presentó contestación a la demanda a través de apoderada judicial el 31 de octubre de 2022 (doc. 23 pág. 1 a 21), oportunidad en la que se opuso a las pretensiones formuladas, sosteniendo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, la cual fue realizada con plena observancia de todas las disposiciones legales vigentes, de manera libre, voluntaria y sin presiones; que la actora se encuentra a menos de 10 años para pensionarse, por lo que se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado del literal e) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Rotuló como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación porque afecta a terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre actos de relacionamiento, traslado de aportes a otra administradora de fondo de pensiones, y la innominada o genérica.

1.2.5 MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.: Una vez notificada (doc. 27 pág. 1 a 2) presentó contestación al llamamiento en garantía y la demanda a través de apoderado judicial el 09 de diciembre de 2022 (doc. 29 pág. 1 a 24), oportunidad en la que se opuso a las pretensiones formuladas, sosteniendo que los hechos de la demanda son ajenos por completo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia. Como excepciones de mérito frente a la demanda propuso las de inexistencia de causal de ineficacia o nulidad, ratificación o saneamiento de la nulidad, excepción fundada en el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegan* – nadie puede alegar a su favor su propia culpa, improcedencia del reintegro de los rendimientos devengados y gastos de administración, prescripción, y la innominada o genérica; frente al llamamiento en garantía se opuso con fundamento en que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que en los casos donde se declara la ineficacia del traslado y se ordena la restitución de gastos de administración, estos deben ser asumidos por las AFP con cargo a sus propios recursos. Indicó como excepciones de fondo las de inexistencia de derecho por parte de la llamante en garantía, el contrato de seguro previsional es un contrato autónomo y obligatorio, el juez en sus decisiones debe respetar el imperio de la ley, *pacta sunt servanda*, el contrato de seguro previsional es oponible al asegurado quien carece de legitimación para demandarlo,

el contrato de afiliación del demandante y los fondos es inoponible a la aseguradora, la pretendida devolución de todo no puede comprender el importe de la primas devengadas, la aseguradora no está en la obligación de soportar una carga que constituya un gravamen excepcional, convalidación del acto, validez- cumplimiento y agotamiento del contrato de seguro, prima devengada, responsabilidad de Skandía, inoponibilidad de la ineficacia demandada, pagos, compensaciones y restituciones mutuas, falta de título y causa, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, y la innominada o genérica.

1.3 Decisión de primer grado. El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida el 05 de octubre de 2023 (doc. 44 pág. 1 a 4 y audiencia virtual archivo No 43), oportunidad en la cual la cognoscente de instancia declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, condenando a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES las sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, esto es, las respectivas cotizaciones junto con bonos si hay lugar, sumas adicionales por concepto de rendimientos, sin incluir otros conceptos que no fueron solicitados; ordenó a COLPENSIONES a recibir las sumas de la AFP, y reactivar la afiliación en forma permanente y sin solución de continuidad; absolvió a Mapfre Colombia de Vida Seguros S.A. de la totalidad de pretensiones del llamamiento en garantía; declaró no probada la excepción de prescripción, y finalmente, gravó en costas a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDÍA S.A., y a favor del demandante. Así como también, gravó en costas a SKANDÍA S.A. y a favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A..

1.4 Grado jurisdiccional de consulta. La decisión no fue recurrida por las partes, por lo que, se envió a éste tribunal para surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

1.5 Trámite de Segunda Instancia. El grado jurisdiccional de consulta fue admitido por esta corporación el 24 de octubre de 2023 (Doc. 02, pág. 01 a 02), y en el mismo auto 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 Mapfre S.A. peticiona que se confirme la decisión de instancia desestimatoria de cualquier condena contra la llamada en garantía; por su parte, Porvenir S.A. solicita que se confirme la sentencia de primer grado, en tanto que no se ordena la devolución de gastos de administración, ya que los mismos resultan improcedentes; igualmente, Skandia S.A. en los alegatos aduce que debe confirmarse la decisiva de primer grado; la parte demandante adujo en los alegatos que debe proceder la confirmación de la sentencia de primer grado, ya que la AFP no cumplió con el deber de información; Finalmente, Colpensiones pide que se revoque la sentencia, ya que el traslado fue válido y

en el evento de confirmar la ineficacia del traslado, se ordene la devolución de todos y cada uno de los emolumentos descontados de las cotizaciones, debidamente indexados.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

2.1 Grado jurisdiccional de consulta. Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a estudiar la providencia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, para lo cual se plantea el estudio del siguiente:

2.2 Problemas jurídicos. El *thema decidendi* en la presente Litis se circunscribe 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?

2.3 Tesis de la sala y solución a los problemas jurídicos planteados. El sentido del fallo de esta Corporación será **MODIFICATORIO y CONFIRMATORIO**, en cuanto que, si bien se declaró la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional a la AFP demandada, siguiendo la tesis de que no se brindó la asesoría integral y cualificada que pregonaba el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que, el juez no tuvo en cuenta las consecuencias jurídicas de la ineficacia, esto es, que se debe ordenar la devolución de las cotizaciones, incluyendo también el traslado de las sumas descontadas para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima y por seguros previsionales, aparte de lo descontado por gastos o comisiones de administración, descuentos que deben ser devueltos de manera indexada, de conformidad con los planteamientos que pasan a exponerse:

2.4 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, desde el 15 de abril de 1982 (doc. 5 pág. 79); que no es beneficiario del régimen de transición por edad (doc. 01 pág. 13), ni por tiempo de servicios (doc. 5 pág. 79); que se trasladó el 15 de enero de 2002 a la AFP PROTECCIÓN S.A. (doc. 23 pág. 31); que posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A., el 30 de abril de 2003 (doc. 05 pág. 81); que luego se trasladó el 27 de agosto de 2009 a SKANDIA S.A. (doc. 19 pág. 28); que seguidamente se trasladó a PORVENIR S.A. el 13 de julio del 2010 (doc. 05 pág. 82), entidad donde se encuentra actualmente; que el 25 de febrero de 2021 impetró ante COLPENSIONES el

traslado de régimen pensional, pero le fue negado mediante comunicado del 26 de febrero de 2021 (doc. 01 pág. 72 y 73).

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 SL610-2023, 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 de la persona afiliada 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 15 de enero de 2002, 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 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 inicial al RAIS (doc. 23 págs. 31), probanza de la que no se desprende que de manera documentada 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 de cada uno de los

regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron explicitadas previo al momento de efectuarse la afiliación y traslado del régimen pensional.

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, 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 al 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 la afiliado pueda lograr la prestación económica que mejor se acompase con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

Ahora, nótese que el litigioso por activa de la relación procesal en el interrogatorio afirma que no hubo asesoría, y sobre el punto nada dijo la AFP demandada, es decir, ninguna probanza refleja que se le haya suministrado la debida información al actor, ni siquiera de manera verbal, por lo que, 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, es decir, se trasladó al accionante 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 activo 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 el 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 mismo.

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 adoctrinado 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 PROTECCIÓN S.A., en el año 2002, 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 15 de enero de 2002, 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 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 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 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 el actor 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, 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 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 las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA 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 no congloba los conceptos atrás referidos, específicamente en lo que respecta a los gastos de administración, aportes para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, junto con la indexación, y no extendió la condena a la otra AFP donde también estuvo afiliado el actor, esto es, PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., por lo que habrá de adicionarse 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 Llamamiento en garantía. En lo que hace al llamamiento en garantía, como quiera que se absolvió a MAPFRE S.A. de todas las pretensiones, en línea de principio no habría

lugar a realizar pronunciamiento; sin embargo, como quiera que en esta instancia se ordena que debe SKANDIA S.A. devolver los gastos de administración, las comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, y aportes para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima habrá que referirse al tema, pero solo en gracia de discusión.

Es del caso precisar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del C.G.P., el llamado en garantía es la figura jurídica mediante la cual se vincula a otro sujeto en el proceso judicial, para que este, con ocasión a la condena, indemnice o reembolse el pago que tuviere que efectuar como resultado de esta, pero para que sus produzcan sus efectos, entre el llamado y el llamante primariamente debe existir una sujeción contractual o legal. En otras palabras, es requisito *sine quanon* que exista un vínculo jurídico entre quien efectúa el llamado y el sujeto a quien se llama en garantía, que lo obligue por virtud de la relación legal o contractual que sostienen a indemnizar el perjuicio sufrido por aquel, como resultado de la sentencia que se imponga en la respectiva condena.

Surge de lo anterior, la carga de aportar la prueba acerca de la existencia del vínculo legal o contractual que lo legitime para formular el llamamiento en garantía, siendo requisito indefectible para su procedencia como se indicó en líneas atrás.

Así pues, descendiendo al asunto objeto de estudio, se advierte que la petición elevada por Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. no cumple con dicha exigencia ya que si bien funda su solicitud en lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en tanto que tienen a su cargo la contingencia de riesgo de invalidez y sobrevivencia, de ahí que la citada Ley autorice a contratar seguros, para lo cual debe sufragarse con un porcentaje del aporte pensional que realice la actora; ello por sí solo no evidencia que dicha asegurada tenga como función garantizar patrimonialmente – que en últimas es la finalidad de la figura -, ninguna obligación que se contraiga a través de este juicio o que a su turno tenga que responder por los perjuicios que se llegaren a causar de la sentencia, como quiera que aquella solo le compete amparar riesgos de invalidez y sobrevivencia que como consecuencia de la afiliación de la promotora del proceso al fondo de pensiones codemandado, éste último tenga que sufragar.

Nótese que en la póliza allegada (Fol. 11 archivo No 20) se registró como cobertura principal la de amparar la muerte e invalidez por riesgo común y auxilio funerario, de allí que solo corresponda la limitación del riesgo asumido que hizo la aseguradora al momento de celebrar el contrato de seguro. Es más, tampoco la encartada ostenta un derecho legal del cual pueda servir para llamar a la citada aseguradora, pues no existe norma expresa que obligue a que esta aseguradora deba servir como garante frente al resarcimiento por los perjuicios que en dicho evento se llegaren a causar como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, pues es claro que la aseguradora llamada en garantía en su

ejercicio, únicamente tiene a su cargo responder por las contingencias de invalidez y sobrevivencia, como consecuencia de la póliza que se suscribió y que asumió por el pago de la prima correspondiente.

2.11 Costas. Sin costas en esta instancia dado la decisión de instancia se revisó en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones. Las de primera 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: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia materia de consulta proferida el 05 de octubre de 2023 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, adicionando la ORDEN a PORVENIR S.A. (durante la vigencia de la afiliación), a devolver o trasladar a COLPENSIONES, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, lo descontado por gastos de administración, primas del seguro previsional y por aportes al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, descuentos que deberá devolver o trasladar de manera indexada.

Parágrafo: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., y SKANDÍA S.A. (durante la vigencia de la afiliación) a devolver o trasladar a COLPENSIONES y de manera indexada, los conceptos de gastos de administración, lo descontado por primas del seguro previsional y por aportes al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia venida en consulta.

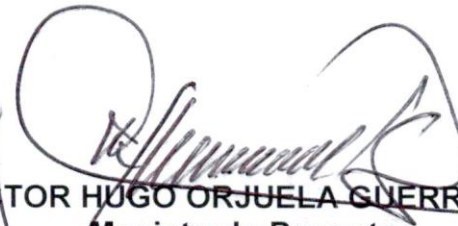
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las costas de primera instancia se confirman.

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

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

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


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente



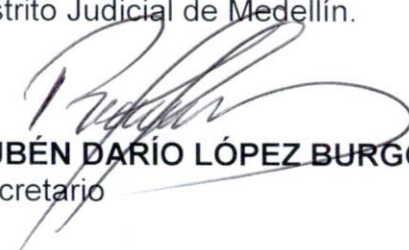
CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES
Magistrado



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