



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-017-2021-00465-01 (O2-22-215)
Demandante: FAUSTINO GIRALDO MARÍN
Demandadas: AFP PROTECCIÓN S.A., AFP PORVENIR S.A., AFP COLFONDOS S.A.,
AFP SKANDIA S.A. y COLPENSIONES E.I.C..E
Procedencia: JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE EDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No.174 DEL 29 DE AGOSTO DE 2022
Asunto: INEFICIACIA DEL TRASLADO RPMPD - RAIS

En Medellín, a los veintinueve (29) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), la **Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín**, integrada por los magistrados SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA y VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, quien actúa como Magistrado Sustanciador, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL, conocido bajo el radicado único nacional 05001-31-05-017-2021-00465-01 (O2-22-215), promovido por FAUSTINO GIRALDO MARÍN en contra de COLPENSIONES E.I.C.E., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., SKANDIA Y PROTECCIÓN S.A., con el fin de resolver los Recursos de Apelación interpuestos por la AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA y COLPENSIONES, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES E.I.C.E, respecto de la sentencia que selló la primera instancia proferida el 27 de abril de 2022 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín.

De conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, "Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020, y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones", se adopta la decisión correspondiente mediante la presente providencia escrita, cuya ponencia fue previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

1. ANTECEDENTES

Mediante gestor judicial, FAUSTINO GIRALDO MARÍN pretende que se declare ineficaz el acto de traslado de régimen pensional efectuado a través de la AFP PORVENIR S.A., así como la ineficacia de los traslados efectuados a PROTECCIÓN S.A., SKANDIA y COLFONDOS S.A.; que se declare que ha estado válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, se condene a los fondos privados a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes rendimientos y cuotas de administración que se hayan causado sobre las cotizaciones; que COLPENSIONES convierta los aportes, rendimientos y cuotas de administración a semanas efectivamente cotizadas y se condene en costas a las demandadas.

Como fundamento del impetratorio, indica que nació el 24 de julio de 1959, se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 17 de junio de 1986, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 30 de marzo de 1999; que le expresaron al momento del traslado que el ISS iba a desaparecer, que en el fondo privado se podría pensionar a cualquier edad y que en ningún caso su pensión sería inferior a la que eventualmente obtendría en el ISS. Añadió que posteriormente efectuó traslado entre administradoras del RAIS afiliándose el 12 de octubre de 2001 a PROTECCIÓN S.A.; posteriormente se trasladó SKANDIA S.A., el 25 de agosto de 2005 y el 03 de septiembre de 2010 a COLFONDOS S.A.; que nunca recibió por parte de los fondos privados la información veraz, clara y completa que le permitiera tomar la decisión adecuada respecto de su futuro pensional; que en el RAIS tendría una pensión del salario mínimo. Al final, señaló que elevó derecho de petición para que se declarara la nulidad de su traslado de régimen, mismo que le fue denegado por las demandadas.

1.1 TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida por el JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN mediante auto del 29 de octubre de 2021 (carpeta 01, doc. 02), con el cual ordenó su notificación y traslado a las demandadas, la que se efectuó a través de correo electrónico el 09 de noviembre de 2021 para todas las demandadas (carp. 01, doc. 04).

A través de apoderada judicial, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. contestó la demanda el 17 de noviembre de 2021, (carpeta 01, doc. 05), actuación con la que se opone a la totalidad de las pretensiones aduciendo que no fue el fondo a través del cual se verificó el traslado de régimen pensional, además de que el demandante no enuncia ni demuestra siquiera sumariamente los motivos que sustentan la solicitud de ineficacia. En su defensa, propuso como excepciones de mérito las que denominó: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la

obligación, igualmente formula llamamiento en garantía en contra de MAPFRE COLOMBIA SEGUROS VIDA, a efectos de que dicha entidad realice la devolución de las primas de seguros pagadas en virtud de los seguros de invalidez y muerte, en favor del demandante.

COLPENSIONES contestó la demanda el 22 de noviembre de 2021, a través de mandatario judicial (carpeta 01, doc. 06), actuación con la que se opone a la totalidad de las pretensiones arguyendo que el demandante se trasladó de forma libre y voluntaria, siendo el contrato firmado, válido y con plenos efectos jurídicos, y proponiendo como excepciones de mérito las denominadas: improcedencia de la ineficacia del traslado de régimen, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

A su turno COLFONDOS S.A. contestó la demanda el 24 de noviembre de 2021 a través de poderhabiente (carpeta 01, doc. 08), oponiéndose a las pretensiones formuladas, con el sustento de que la llamada a responder es la AFP PORVENIR S.A., al haber sido la que realizó el traslado de régimen pensional; sin embargo, *“no existen razones para declarar nulo o ineficaz el acto de traslado”*. En su defensa, propone como excepciones de mérito las que rotuló: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias, prescripción, compensación y pago.

Por su parte, PORVENIR S.A. contestó la demanda el 24 de noviembre de 2021 (carpeta 01, doc. 09), oponiéndose a las pretensiones formuladas, para lo cual aseveró que sí brindaron asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, sin que el actor aporte prueba que permita predicar la ineficacia de su traslado; a la vez de proponer como excepciones de mérito las que individuó prescripción, cobro de lo no debido y buena fe.

Finalmente, PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda el 26 de noviembre de 2021 a través de mandataria judicial (carpeta 01, doc. 10), oponiéndose a las pretensiones formuladas, sobre la base de que el traslado del demandante se dio bajo los presupuestos legales exigibles para la época, cumpliendo con los requisitos de existencia del acto jurídico, sin que se presentaran vicios del consentimiento; a la par de proponer como excepciones de mérito las que postuló inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro provisional y reconocimiento de restituciones mutuas en favor de la AFP.

Admitido el 14 de diciembre de 2021 (carp. 01, doc. 12), el llamamiento en garantía que SKANDIA S.A., realizara a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., esta procedió a emitir

pronunciamiento el 12 de enero de 2022, en el que puntualizó no constarle los hechos de la demanda principal y respecto del llamamiento en garantía expresó que de buena fe expidió las pólizas y cubrió los riesgos amparados, razón por la cual propuso como medios exceptivos de fondo los que denominó: inexistencia de causa de la ineficacia o nulidad, ratificación o saneamiento de la nulidad, improcedencia del reintegro de los rendimientos devengados y gastos de administración, prescripción, convalidación del acto, validez, cumplimiento y agotamiento del contrato de segur, prima devengada, responsabilidad de SKANDIA S.A., pago compensaciones y restituciones mutuas, falta de título y causa e inexistencia de la obligación.

1.2. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida el 27 de abril de 2022 por el JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN (carp. 01, doc. 26), oportunidad en la cual la cognoscente de instancia declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, ordenó a COLFONDOS S.A., trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, a COLPENSIONES los recursos de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, incluyendo los rendimientos, gastos de administración y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima, al tiempo de ordenar a COLPENSIONES recibir tales dineros validándolos como semanas cotizadas en la historia laboral del actor. Así mismo, ordenó a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor de los gastos de administración y los recursos del fondo de garantía de pensión mínima, declaró no probadas las excepciones propuestas, absolvió a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de las pretensiones del llamamiento en garantía, y condenó en costas a PORVENIR S.A.

1.3 APELACIÓN

Decisión que fue recurrida oportunamente en apelación por la apoderada judicial de PORVENIR S.A., en orden a solicitar se revoque íntegramente la sentencia, en tanto en cuanto para el momento del traslado de régimen no se encontraban vigentes los requisitos exigidos para probar la asesoría adecuada, sin que se tuviera en cuenta por la juzgadora de instancia que el demandante solicitó su traslado no por falta de adecuada asesoría sino solo por sus expectativas pensionales, y con fundamento en ello solicita se revoque la sentencia y se absuelva de la condena en costas.

Así mismo, la apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A., impetró recurso de alzada en orden a solicitar la revocatoria parcial de la sentencia en cuanto a la orden de devolver las cuotas de administración y los seguros previsionales, aduciendo que la ineficacia del traslado comporta

la inexistencia del acto jurídico, por tanto ordenar la devolución de dichos conceptos no resulta congruente con la declaración de ineficacia, considerando inexistente el acto primigenio de traslado, pero existente la causación de rendimientos y la obligación de devolver los descuentos, recabando por ello, se modifique la sentencia de primera instancia para absolver a su representada de la obligación de devolver los gastos de administración y los seguros previsionales.

A su turno, la poderhabiente judicial de COLPENSIONES, recurrió la sentencia de primera instancia, en cuyo sustento indicó que no incumplieron con obligación legal alguna, en tanto en cuanto, no tuvieron injerencia en el traslado del demandante y su afiliación al RAIS fue completamente válida, razón por la cual es a la AFP privada, a la cual se encuentra afiliado el actor, a la que le corresponde asumir la carga pensional.

Finalmente, la procuradora judicial de SKANDIA S.A., interpone apelación en la cual solicita se revoque la sentencia de instancia, en tanto para el momento de la afiliación únicamente se exigía el formulario de afiliación en sustento de la afiliación informada, además de que el traslado del demandante entre diversos fondos del RAIS demuestra su agrado en permanecer en tal régimen, aduciendo que la expectativa pensional del actor no es óbice para predicar la ineficacia del traslado, deprecando igualmente que en caso de considerarse que se debe mantener la declaratoria de ineficacia, se absuelva de la orden de devolver los gastos de administración y las primas previsionales, y declarando próspero el llamamiento en garantía para que sea la aseguradora la que devuelva las primas previsionales.

De otra parte, el apoderado judicial de la activa no ejerció el derecho de recurrir la sentencia de instancia, dejando entrever su conformidad con la misma.

1.4. CONSULTA

Toda vez que la decisión de primera instancia fue desfavorable a los intereses de COLPENSIONES, en igual forma se analizará integralmente la decisión en el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

1.5. ALEGATOS CONCLUSIVOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

En el trámite de segunda instancia, el apoderado judicial de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., presentó alegatos de conclusión en los cuales solicita se confirme la sentencia de primera instancia; entretanto, declaró la improcedencia del llamamiento en garantía y la absolvió de condena en costas.

Por su parte, la procuradora judicial de SKANDIA S.A., presentó sus alegatos conclusivos, con los cuales manifestó que siempre ha actuado de buena fe, brindando al demandante la información de forma verbal y personalizada, cumpliendo de tal modo con los parámetros legales establecidos para la validez del acto de afiliación. En cuanto a las consecuencias de la ineficacia asunta que los descuentos efectuados por gastos de administración fueron realizados con sustento legal y respecto del llamamiento en garantía alega que al retrotraerse los efectos de la afiliación al RAIS también sería parcialmente ineficaz el contrato de seguros y por tanto la aseguradora debe devolver las primas pagadas.

De igual modo, el poderhabiente judicial del actor, presentó alegatos de conclusión, deprecando se confirme la sentencia de primera instancia con fundamento en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES dejaron fenecer el término del traslado sin presentar alegaciones de conclusión.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA y COLPENSIONES, 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 revisará la providencia de instancia en el grado jurisdiccional de consulta a favor COLPENSIONES, en los puntos no apelados, para lo cual se plantea el siguiente:

2.1. PROBLEMA JURÍDICO:

El *thema decidendi* en la presente litis se centra en definir: ¿Si operó la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional efectuado por el nodo litigioso por activa a la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad convidada a juicio?, y de ser así, ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que devienen de la ineficacia del traslado de régimen pensional?

2.2 SENTIDO DEL FALLO -TESIS DE LA SALA-

El sentido del fallo de esta Corporación será **confirmatorio** en cuanto a la declaración de ineficacia de la afiliación al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado a través de La AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A, 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, y en lo atañadero a las consecuencias jurídicas que conlleva la devolución de las cotizaciones, se debe incluir no solo el traslado de las sumas descontadas para el fondo de garantía de pensión mínima y los gastos o comisiones de administración, **modificándola** para ordenar que se devuelvan también las sumas adicionales de la aseguradora, debiendo asumir a cargo de su propio peculio y de forma indexada las sumas que se reintegrarán.

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 demandante no es beneficiario del régimen de transición ni por tiempo de servicios cotizados, pues al 01 de abril de 1994 (carpeta 01, doc. 01, págs. 198 a 201) contaba únicamente con 290,14 semanas, ni por edad (carpeta 01, doc. 06, pág. 27); que FAUSTINO GIRALDO MARÍN se afilió el **30 de marzo de 1999** a la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., (carpeta 01, doc. 01, pág. 252); se trasladó el 12 de octubre de 2001 a la AFP SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A. (carpeta 01, doc. 01, pág. 238), luego se trasladó a SKANDIA S.A. el 23 de agosto de 2005, y finalmente el 03 de septiembre de 2010 se trasladó a COLFONDOS S.A. (carp. 01, doc. 01, pág. 242) y que impetró ante COLPENSIONES el traslado de régimen pensional el 19 de abril de 2021 (carpeta 01, doc. 01, pág. 221 a 223), solicitud que le fue negada en esa misma data (carpeta 01, doc. 01, pág. 224 a 226).

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 sentencia SL1498-2022, línea jurisprudencial en la que se cimienta 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 el formulario de afiliación no es suficiente 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, precedente jurisprudencial replicado más recientemente en la sentencia SL1126-2022.

En esa misma dirección, preciso es ponderar por la Sala que para la fecha del traslado de régimen pensional, el 30 de marzo de 1999, 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 a juicio 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 al traslado de régimen, se allegó el correspondiente formulario de afiliación (carpeta 01, doc. 01, pág. 252); empero tal probanza no refleja que de manera documentada se haya presentado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP privada cumpliera con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, ya que no basta con referir las características de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen pensional, mismas que no fueron explicitadas de manera previa, o cuando menos, al momento de efectuarse la afiliación y traslado del régimen pensional.

A este respecto, estima pertinente la Sala señalar que la AFP no cuenta con soporte documental alguno, en cuanto que, a la fecha de la afiliación inicial al régimen pensional la información suministrada fue de manera verbal, lo cual a su vez, denota una contravención a lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con aportar un formato pre-impreso de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que indica la Superintendencia Financiera mediante circular, sino que se requiere de la efectiva e integral asesoría brindada al momento de dicha afiliación, indicando las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los requisitos y condiciones necesarias para causar la pensión de vejez o la anticipada antes de la edad mínima, en tanto en cuanto, no se trata solo de persuadir al afiliado con llamativos rendimientos financieros, sino que se le debe prestar asesoría integral y completa en función de que pueda lograr en lo futuro la pensión que mejor se acompañe con sus expectativas pensionales y la densidad cotizacional alcanzada en toda su vida laboral.

Ahora, si bien el litigioso por activa de la relación procesal, en el interrogatorio absuelto (min. 35:20, doc. 26 link de audiencia) indicó que trabaja para EEPP de Medellín, que se trasladó a Colpatría cuando lo abordaron en el edificio inteligente, que en el grupo donde estaba les

indicaron que el ISS se iba a acabar y por ello era más conveniente que se trasladará a un fondo privado, que para ese momento no tuvo conocimiento de los otros fondos, que si bien no fue obligado sí le aseguraron que era mejor estar en un fondo privado. En el mismo sentido, que el traslado que realizó en 2001 lo efectuó porque fueron a su oficina y les dijeron que ese fondo era mejor que en el que estaba, que no recuerda los demás traslados, que entiende que varios de sus traslados se dieron por cambio de nombre o fusión del fondo en el que estaba, que le explicaron que en el régimen privado tendría una bolsa donde estarían sus aportes, que no le dieron re-asesoría antes de cumplir los 52 años. Apuntó también que después de firmar no volvió a tener contacto con los asesores y que se quiere trasladar a COLPENSIONES porque tendría una mejor calidad de vida, aserciones estas que no son suficientes para extraer de las mismas una confesión que conduzca a predicar que el fondo privado cumplió con su deber de brindar una adecuada y holística información.

Recapitulando, vale destacar que la AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad que llevó a cabo la afiliación inicial, no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el funcionario asesor 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, de donde se sigue que, la falta de soporte documental o de la existencia de un 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 generalizadas hechas por la parte actora en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las referidas a que el afiliado no haya realizado indagaciones por su cuenta de su situación pensional, el deber de brindar tal información corresponde por ministerio de la ley exclusivamente a la AFP receptora.

En lo concerniente a la re-asesoría previa al cumplimiento de los 52 años de edad, si bien no existe soporte acreditativo de que se le hubiera efectuado al demandante, esta Sala ha sido del criterio de que la misma no convalida la actuación viciada de traslado, y mucho menos lo convalida el traslado entre administradoras de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, impidiéndosele elegir libre, voluntaria y debidamente informado el régimen que le resultará más conveniente, sin que con ello se quiera decir que una re-asesoría o un traslado dentro del mismo régimen, tenga la virtualidad de subsanar o convalidar las notorias 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).

De igual forma, en la misma providencia 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*, explicitando al efecto 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, la Sala habrá de impartir confirmación a la decisión de instancia en este aspecto, por cuanto con acierto declaró la ineficacia de la afiliación y consiguiente traslado de régimen pensional.

2.2.2. Traslado de las cotizaciones.

Sobre esta materia, es preciso señalar que tal devolución debe ceñirse a los términos del artículo 1746 del Código Civil, en consonancia a lo pregonado por la jurisprudencia laboral del máximo tribunal de esta jurisdicción, como en las sentencias con radicados n.º 31898 de 2008, SL4989-2018 y SL1429-2019, en tanto que COLPENSIONES tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que el hecho de que este ente de seguridad social sea un tercero en el acto jurídico de traslado, lo imposibilite para recibir los aportes realizados, por la simple y llana razón de que es quien administra el régimen de prima media con prestación definida, a donde se encontraba la demandante antes del traslado de régimen pensional.

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 SL3202-2021, 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

misimos 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 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 devuelva todas las cotizaciones que hubiere recibido, incluyendo lo correspondiente al porcentaje que por gastos o comisión de administración haya descontado de las cotizaciones, así como también lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima (Decreto 3995 de 2008 artículo 7, Sentencia SU-062 de 2010), y las sumas de la aseguradora (primas previsionales), pues carecería de sentido y objeto la declaratoria de ineficacia por la falta de la información exigida, de no trasladarse de manera íntegra las cotizaciones efectuadas, viéndose favorecida la AFP sin razón financiera atendible, pues si bien tales descuentos, tuvieron un origen legal y sirvieron en su momento a un propósito legalmente establecido como el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, la administración de las cotizaciones o el fortalecimiento de un fondo de garantía de pensión mínima, aquellos nunca hubieran sido efectuados por la AFP de no haberse verificado la afiliación y traslado de régimen pensional.

Conforme a lo dicho, 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 plena realización 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 pasa por alto esta Sala la existencia de un pronunciamiento de la Superintendencia Financiera en contrario, es preciso indicar que el mismo se refiere a los traslados a instancia del afiliado y no merced a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, y que en últimas, tal acto no es de obligatorio acatamiento para los operadores judiciales, pues además, la Sala se aviene a la línea jurisprudencial que en derredor del tema ha venido desarrollando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como quedó dicho *in extenso* en líneas anteriores.

En lo concerniente con la indexación de las partidas descontadas sujetas a traslado, cumple señalar que aún en el evento de que no sea objeto de impetración con la demanda, ni sea materia de excepción de fondo a las pretensiones incoadas por parte de COLPENSIONES, vale decir, materia de debate en el presente proceso, debe procederse a su reconocimiento oficioso, en tanto que ello no se traduce en una condena sino solo connota 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 SL-950 del 2 de marzo de 2022 emitida por la H. Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

En refuerzo de esta postura, conviene apuntalar que la actualización monetaria debe ordenarse, incluso de manera oficiosa, siguiendo el precedente jurisdiccional inmediatamente anterior, en la que la Alta Corporación enseña: *"la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (...) De igual modo, la AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo en sus propios recursos"*.

Ello así, habrá de confirmarse la decisión del a quo en tanto ordenó a las AFP convidadas al juicio, la devolución de todos los aportes obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con todos los rubros deducidos por comisiones o gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, adicionándola en el sentido de ordenar que sean devueltos también las primas de los seguros previsionales, haciendo la devolución de los rubros descontados de las cotizaciones, con su respectiva indexación, por el tiempo que el actor estuvo afiliado a cada una de ellas.

Así mismo, se mantiene la absolución de la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en tanto recibió de buena fe, las primas de los seguros de invalidez y muerte, sin que hubiera tenido injerencia en el acto jurídico de traslado de régimen o de afiliación a la AFP SKANDIA S.A., esta última, la que se itera, deberá responder a costa de su propio peculio por lo descontado para dichos seguros, ello en razón a lo expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2877 de 2020, en la cual reiteró lo asentado en la sentencia SL 8544 de 2016; indicó que corresponde a la AFP vencida en juicio, responder con su propio patrimonio por los detrimentos en las cotizaciones efectuadas por el afiliado, de suerte tal que, deben aplicarse las reglas del artículo 963 del Código Civil, entendiéndose que la AFP actuó

de forma indebida y, por ello, es su deber responder por el detrimento del bien administrado, es decir, el capital destinado a la financiación de la pensión de la actora, sin que tal carga la pueda trasladar a un tercero de buena fe, como lo es la aseguradora.

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), amén de que la Sala ha sido del iterativo criterio que en esta clase de procesos, las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia determinan que sea un imperativo el traslado de las aportaciones de manera íntegra, 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.

Como corolario de lo expuesto, se itera, habrá de impartirse confirmación a la sentencia de primer grado, en cuanto con acierto declaró la ineficacia de la afiliación al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad verificado el 30 de marzo de 1999 a la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., situación que se irradia a los subsiguientes traslados entre las administradoras PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. Y COLFONDOS S.A., como también el reconocimiento de las consecuencias jurídicas atrás descritas, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales antedichos.

3. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del CGP, las costas de la segunda instancia estarán a cargo de las **AFP PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.**, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación propuesto, y con arreglo a lo previsto en el Acuerdo PSAA 16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan como agencias en derecho, a favor de FAUSTINO GIRALDO MARÍN, la suma de \$1.000.000, que corresponde a un (1) SMMLV, a cargo de cada una de ellas, siendo su límite mínimo. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E., porque la sentencia se analizó integralmente a su favor, en virtud al grado jurisdiccional de consulta.

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,

4. RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 27 de abril de 2022, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por FAUSTINO GIRALDO MARIN en contra de la COLPENSIONES E.I.C.E., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., SKANDIA Y PROTECCIÓN S.A., el cual quedará del siguiente tenor literal:

*"**SEGUNDO:** CONDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, todos los valores que hubiere recibido con motivo y vigencia de la afiliación de la actora, y que obren en su cuenta de ahorro individual junto con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1.746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, así mismo se ordena a las AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., SKANDIA y PROTECCIÓN S.A., si aún no lo han hecho, devolver con cargo a su propio peculio todos los descuentos sobre las cotizaciones efectuadas durante el tiempo de vigencia de la afiliación del demandante en cada una de estas, con el objeto de aportar al fondo de garantía de pensión mínima, sufragar los gastos o comisión de administración y las primas de los seguros previsionales, valores descontados que deberán ser devueltos debidamente indexados, según y conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia."*

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de fecha y origen conocidos.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de las AFP PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A., al habérseles resuelto en disfavor los recursos incoados.

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.



VÍCTOR HUGO ORIUELA GUERRERO
Magistrado Ponente



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Magistrada




SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario

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 del Distrito Judicial de Medellín.



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario