



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado n.º: 05001-31-05-009-2019-00543-01 (O2-22-282)
Demandantes: RICARDO VELÁSQUEZ MORALES
Demandados: AFP PORVENIR S.A., AFP PORTECCIÓN S.A., AFP SKANDIA S.A. Y COLPENSIONES E.I.C.E.
Procedencia: JUZGADO VEINTICUATRO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No.226 DEL 31 DE OCTUBRE DE 2022
Asunto: INEFICIACIA DEL TRASLADO RPMPD-RAIS

En Medellín, a los treinta y uno (31) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022), 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 **SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA y VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**, quien actúa como magistrado sustanciador, procede a decidir los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública accionada, dentro del proceso ordinario instaurado por **RICARDO VELÁSQUEZ MORALES** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A.**, con radicado n.º 05001-31-05-009-2019-00543-01 (O2-22-282).

Se deja constancia que el respectivo proyecto de fallo fue puesto a consideración de la Sala, y estando debidamente aprobado, se procede a dictar la sentencia que en derecho corresponda.

1. ANTECEDENTES

Mediante apoderado judicial, el señor **RICARDO VELÁSQUEZ MORALES** pretende que se declare la ineficacia de su traslado de régimen pensional, la reactivación de la afiliación a COLPENSIONES sin solución de continuidad, con el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo sus rendimientos, cuotas de administración, bonos pensionales y primas de reaseguro, y el pago de las costas del proceso, con sustento fáctico en que nació el 27 de mayo de 1958; que estuvo afiliado al ISS por los riesgos IVM desde el 17 de julio de 1978, hasta

junio el 1° de junio de 1995, cuando se trasladó al RAIS por intermedio de la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., luego de lo cual, el 1° de noviembre de 2022 se afilió a la AFP COLFONDOS S.A., y seguidamente, el 1° de enero de 2025 se afilió a la AFP SKANDIA S.A., para finalmente afiliarse a la AFP PORVENIR S.A. el 1° de mayo de 2009; que al momento del traslado de régimen pensional, la AFP no le informó sobre las diferencias comparativas de los regímenes pensionales, con sus ventajas y desventajas, y que el 28 de mayo de 2019 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, mismo que fue denegado mediante comunicado del día inmediatamente siguiente.

1.1 TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín mediante Auto del 16 de septiembre de 2019 (doc. 003), con el cual ordenó su notificación y traslado a la parte accionada.

Una vez notificada (doc. 005), SKANDIA S.A. dio respuesta a la demanda a través de poderhabiente judicial el 13 de noviembre de 2019 (doc. 009), quien se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la afiliación del demandante es válida y eficaz por haberse efectuado cumpliendo con el deber de información, explicándole al demandante las ventajas y desventajas del RAIS, siendo que la afiliación se suscribió libremente y sin ningún vicio del consentimiento. En ese norte, propuso los medios enervantes que nominó: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, y pago.

Por su parte, luego de notificada (doc. 006), COLPENSIONES contestó la demanda el 26 de noviembre de 2019 a través de apoderado judicial (doc. 010), oponiéndose a la prosperidad del libelo inaugural, bajo el argumento de que carecen de fundamentación fáctica y legal. Propuso como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia de la obligación de aceptar el traslado del demandante, imposibilidad jurídica de cumplir con las obligaciones pretendidas, buena fe, prescripción, e imposibilidad de condena en cosas.

A su turno, seguidamente a su notificación (doc. 015), COLFONDOS S.A. presentó contestación a la demanda el 18 de febrero de 2020 por intermedio de gestor judicial (doc. 016), con la que se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo al efecto que el acto de afiliación nació a la vida jurídica válidamente y fue ratificado posteriormente por el demandante. A renglón seguido, propuso las excepciones de mérito que intituló: falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad, ausencia de

vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Por su parte, una vez surtida la notificación personal (doc. 015), PORVENIR S.A. presentó contestación a la demanda el 21 de febrero de 2020 por intermedio de mandatario judicial (doc. 019), con la que se opuso a la prosperidad de las pretensiones, sosteniendo al efecto que el demandante suscribió el formulario de afiliación libre de presiones o engaños. Consiguientemente, propuso las excepciones de mérito que designó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y compensación.

Finalmente, a partir de su notificación (doc. 017), PROTECCIÓN S.A dio contestación a la demanda el 3 de marzo de 2020, por intermedio de apoderada judicial, quien se opuso a las pretensiones de la demanda, por ser la afiliación un acto válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza, al tiempo de postular las excepciones de mérito que intituló: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado de aportes a la AFP, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP por inexistencia de la obligación de devolver la cuota de administración, e inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional por falta de causa y por afectación a derechos de terceros.

Por auto del 16 de abril de 2021 (doc. 021), el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín ordenó la remisión del proceso al Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, el que avocó conocimiento del *sub lite* mediante auto del 1º de febrero de 2022 (doc. 026), de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo CSJANTA 21-16 de 24 de febrero de 2021.

1.2. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida 26 de julio de 2022 (doc. 35 y 36), oportunidad en la cual la cognoscente de instancia declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, ordenando a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones y sus rendimientos, incluyendo los porcentajes descontados para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por cuotas de administración y por primas de seguro previsional, indexados; al tiempo de ordenar a SKANDIA S.A., PROTECCION S.A. y COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES el porcentaje cobrado durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, debidamente indexados; así como ordenó a COLPENSIONES a tener como afiliado al demandante sin solución de

continuidad y a recibir los dineros trasladados por la AFP, a la vez de gravar en costas del proceso a PROTECCIÓN S.A. a favor del demandante.

1.3 APELACIÓN

Decisión que fue recurrida oportunamente en apelación por la apoderada judicial de PORVENIR S.A., en cuyo sustento arguyó que las comisiones de administración son de origen legal, están autorizadas en ambos regímenes pensionales, y la Superintendencia Financiera ha conceptuado que tal concepto no es materia de devolución, como contraprestación por la gestión administrativa que genera rendimientos financieros a favor de los afiliados; por manera que su devolución a COLPENSIONES constituiría un enriquecimiento sin causa, máxime que su representada ha cumplido con todas las obligaciones que le atañen. Aduce que por no hacer parte del capital que financia la pensión, los descuentos efectuados sobre las cotizaciones sí prescriben, a más de que los mismos deben compensarse con los rendimientos financieros generados y, por ende, estima es improcedente la indexación.

En igual sentido, la poderhabiente judicial de SKANDIA S.A. interpuso oportunamente recurso de apelación, expresando que no se debe ordenar la devolución de las cuotas y gastos de administración, toda vez que estos se encuentran autorizados legalmente en ambos regímenes pensionales, y su retención se fundamenta en principios como la confianza legítima, de buena fe y en las restituciones mutuas. Asimismo, arguye que la comisión de administración es una retribución por la administración de los recursos pensionales, la que genera rendimientos, y toda vez que COLPENSIONES no genera rendimientos, devolverle tales dineros configuraría un enriquecimiento sin causa. Remata afirmando que su representada no efectuó el traslado de régimen pensional.

1.4. CONSULTA

Toda vez que la decisión de primera instancia fue desfavorable a los intereses de COLPENSIONES, se analizará igualmente la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta a su favor en los puntos no hayan sido objeto de alzada.

1.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

En el trámite de segunda instancia, la apoderada judicial del demandante presentó alegatos de conclusión en el trámite de segunda instancia, aduciendo al efecto que brilla por su ausencia la prueba del deber de información, de lo que concluye que la AFP incumplió sus obligaciones de asesoría y buen consejo.

A su turno, el apoderado judicial de COLPENSIONES, remitió oportunamente alegatos de conclusión, con los que se ordene a las AFP reintegrar la totalidad de la cotizaciones, incluyendo los recursos en la cuenta individual de ahorro, las cuotas abonadas al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, los rendimientos, los bonos pensionales, los porcentajes destinados al pago de seguros previsionales, y los gastos de administración, debidamente indexados.

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 sociedades SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A., advirtiéndose que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del C.P.L. y S.S., el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de la alzada, al igual que se estudiará la sentencia de instancia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, para lo cual se plantea el estudio del siguiente:

2.1. PROBLEMA JURÍDICO:

El *thema decidendi* en la presente Litis se contrae a dilucidar: ¿Si operó la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional efectuado por el extremo litigioso por activa a la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad convidada a juicio?, y de ser así, ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la ineficacia del traslado del acto jurídico de traslado de régimen?

2.2 TESIS DE LA SALA Y SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

El sentido del fallo de esta Corporación será **confirmatorio**, siguiendo la tesis de que no se brindó la asesoría cualificada que pregonan el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y de consiguiente, deben contemplarse todas las consecuencias jurídicas que conlleva la devolución de las cotizaciones, esto es, que se debe incluir además de los rendimientos de las cotizaciones realizadas, todo lo descontado por gastos o comisiones de administración, los aportes para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima y primas del seguro previsional, partidas descontadas que deben devolverse de manera indexada; **adicionándolo** en que también debe las AFP SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A. devolver los rendimientos financieros generados durante la afiliación de la pretensora en cada una de estas entidades, si aún no lo ha hecho, según los planteamientos que pasan a exponerse:

2.2.1 Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS

En lo que interesa a la Litis, no es objeto de discusión los siguientes hechos: que el accionante venía afiliado al régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) administrado por el otrora ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 17 de julio de 1978 (doc. 002 pág. 14 y doc. 10 pág. 6); que no es beneficiario del régimen de transición ni por edad (ibíd. pág. 13) ni por tiempo de servicios cotizados (doc. 002 pág. 14 y doc. 10 pág. 6); que RICARDO VELÁSQUEZ MORALES se trasladó el **1º de junio de 1995** a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. (doc. 020 pág. 37), luego de lo cual, el 19 de septiembre se afilió a la AFP COLFONDOS S.A. (doc. 002 pág. 54), el 25 de noviembre de 2004 se afilió a la AFP SKANDIA S.A. (doc. 002 pág. 37 y doc. 009 pág. 19) y finalmente el 28 de abril de 2009 se afilió a la AFP PORVENIR S.A. (doc. 002 pág. 54); a la vez de que el 28 de mayo de 2019 solicitó a COLPENSIONES su traslado al RPMPD (doc. 002 pág. 19), solicitud que fue denegado mediante comunicado del 29 de mayo de 2019 (doc. 002 pág. 21).

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 de la afiliada como parte débil de la relación jurídica contractual, y que el alcance de la jurisprudencia laboral citada, permite aplicarla a todos los eventos de traslado de régimen pensional, sin importar que el derecho esté consolidado, sea beneficiario del régimen de transición, o esté próximo o no a pensionarse.

En esa misma dirección, preciso es ponderar por la Sala que para la fecha del traslado de régimen pensional el 1º de junio de 1995, la AFP accionada tenía la obligación de brindar información privilegiada y detallada en cumplimiento de lo normado en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, y 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, lo que en palabras de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1217-2021, consiste en: *“ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas. (...) suministrar (...) una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema*

de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. (...) proporcionar (...) una ilustración acerca de las condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, lo que incluye la existencia de una transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales."

Conforme los anteriores basamentos legales y jurisprudenciales, tenemos que, en lo concerniente a la afiliación inicial, se allegó el correspondiente formulario de afiliación (doc. 020 pág. 37), el cual no fue desconocido ni tachado por la parte actora; empero, tal probanza no refleja que se haya presentado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP cumpliera con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, en tanto no basta explicar los beneficios y características de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas de cuya explicitud no hay prueba alguna, previo al momento de efectuarse el traslado o a la sazón de este.

En este punto, estima pertinente la Sala acotar que si la AFP no cuenta con ningún soporte documental para la fecha del traslado de régimen, al brindarse la información únicamente de manera verbal, tal circunstancia deja entrever una clara contravención de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegarse un formato pre-impreso de 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, con la advertencia de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima debía efectuarse aportes voluntarios adicionales a las deducciones que por ministerio de la Ley deben hacerse sobre las cotizaciones; que para causar la pensión de vejez se debe contar con una suma dineraria mínima en la cuenta de ahorro individual; que la existencia de beneficiarios por sobrevivencia incrementan dicha suma mínima requerida, entre otras particularidades, puesto que *in fine* la asesoría no debe estar encaminada a persuadir al afiliado con llamativos rendimientos financieros o la posibilidad de acceder a la pensión sin importar la edad, sino que debe orientarse también a que el afiliado pueda lograr la prestación económica que mejor se acompase con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

Ahora, si bien la litigiosa por activa de la relación procesal acepta en el interrogatorio que realizó aportes voluntarios a SKANDIA (min. 9:00), 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, pues por el contrario, del interrogatorio de parte absuelto por el accionante no se desprende que al

mismo le hubieran indicado las características comparativas de los regímenes pensionales (min. 8:30), ni las modalidades y requisitos pensionales de dicho régimen, y lo que es más gravoso, sin explicarle cuáles eran las posibles desventajas de afiliarse al RAIS.

En lo concerniente a las re-asesorías para el traslado entre AFP del mismo régimen, esta Sala ha sido del criterio de que las mismas no convalidan la actuación viciada de traslado, por manera que aún bajo el supuesto de que en los traslados posteriores al del régimen pensional, el accionante hubiere recibido re-asesoría en las subsecuentes afiliaciones a AFP al interior del RAIS el 19 de septiembre (doc. 002 pág. 54), el 25 de noviembre de 2004 (doc. 002 pág. 37 y doc. 009 pág. 19) y el 28 de abril de 2009; o aún en el entendido que el 10 de junio de 2019 le fue informada de la posible mesada que le correspondería en el RAIS y en el RPMPD (doc. 002 pág. 57 y ss); ello no tiene la virtualidad de subsanar o convalidar las falencias de información al momento del traslado de régimen pensional. A este respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tuvo la oportunidad de pronunciarse en los siguientes términos: *"la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones: (...) porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información"* (SL1688 de 2019).

Es de resaltar que la AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad en la que se hizo la afiliación y traslado de régimen pensional, no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el asesor que atendió 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 ante un tema de alta complejidad como lo es el cálculo de una mesada pensional, más para una persona totalmente profana en materias actuariales, al igual que las referidas a que el afiliado no haya realizado indagaciones por su cuenta de su

situación pensional, en tanto el deber de brindar tal información corresponde *ope legis* a la AFP.

De igual forma, en el mismo precedente judicial en cita, la Corte Suprema de Justicia estudia la excepción de saneamiento de la nulidad relativa, precisando que el cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a las consecuencias prácticas, esto es, el restablecimiento del *status quo*, indicando que: *“a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*.

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

2.2.2. Traslado de las cotizaciones.

A este respecto, es menester señalar que tal devolución debe ceñirse a los términos del artículo 1746 del Código Civil, en consonancia a lo pregonado por la jurisprudencia del máximo tribunal de esta jurisdicción, en sentencias con radicado n.º 31898 de 2008, SL4989-2018 y SL1429-2019, en paralelo a que COLPENSIONES tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que el hecho de que dicha entidad pueda tratarse de un tercero la imposibilite para recibir los aportes realizados, por la simple y llana razón de que esta entidad administra el régimen de prima media con prestación definida, a donde se encontraba afiliado el 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 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 pensión mínima.

iii) que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones."

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

Finalmente, esta Sala considera que hay lugar al traslado de todas las cotizaciones y sus rendimientos a COLPENSIONES, a propósito de que engrosen el fondo común de naturaleza pública, según las previsiones contenidas en el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, de modo que, se garantice no solo la sostenibilidad financiera del sistema sino también la materialización del principio de solidaridad de que trata el artículo 2 *ibídem*. Por demás, no hay lugar a reconocer restituciones mutuas, pues como se predica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia atrás referenciada, se deben devolver todos los rubros descontados de las cotizaciones, y si bien no soslaya esta Sala que existe un pronunciamiento de la Superintendencia Financiera en torno del tema, es preciso indicar que tal acto aborda es el traslado de régimen pensional por voluntad propia y no en virtud de la declaratoria de su ineficacia, además de no ser de obligatorio acatamiento para los operadores judiciales; de ahí que, la Sala se aviene al precedente jurisprudencial que en derredor del tema ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como ampliamente quedó expuesto en líneas anteriores.

Así mismo, debe ordenarse que la devolución de los descuentos de manera indexada, atendiendo a que si bien aquella no fue impetrada con la demanda, vale decir, no fue materia

de debate en el presente proceso, debe procederse a su reconocimiento oficioso, en tanto que ello no se traduce en una condena sino que solo entraña el reconocimiento del efecto de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda por el paso del tiempo de las sumas descontadas de las cotizaciones por los rubros atrás descritos, prohijándose el criterio jurisprudencial expuesto en la reciente sentencia SL950-2022 emitida por la H. Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral.

En suma, vale acotar por recapitular los predicamentos del máximo tribunal de casación laboral, en la reciente sentencia SL1126-2022, Radicación n.º90257, del 23 de marzo de 2022, M.P. Omar Ángel Mejía Amador, cuando describe de forma meridiana cuál es la carga impositiva para los fondos privados, aún 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 pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020, SL 5595-2021). Y sin perjuicio de las acciones que pueda ejercer Colpensiones por los conceptos adeudados a favor del demandante generados en virtud de los múltiples traslados”. -Subrayas de la Sala-

Ello así, habrá de confirmarse la decisión de la a quo en tanto ordenó el retorno de la actora al RPMPD a cargo de COLPENSIONES sin solución de continuidad, junto a la devolución de todos los aportes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo todos los conceptos que robustecen el capital en la cuenta de ahorro individual, como los rubros deducidos de las cotizaciones realizadas por las AFP aseguradoras, estos últimos de forma indexada.

2.2.3 Excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, se memora que “a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria” (SL1465-2021), a más de que esta Sala ha sido del iterativo criterio que en esta clase de procesos, 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, como así lo dejó dicho la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL361, radicación 63615 del 13 de febrero de 2019.

3. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de SKANDIA S.A. y de PORVENIR S.A., y en favor de la parte demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de un (1) SMMLV, esto es, la suma de **\$ 1.000.000**, a cargo de cada una de los fondos privados, por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación que interpusieron, de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 365 del CGP, aplicable al proceso laboral por remisión analógica del artículo 145 del estatuto instrumental laboral.

Sin costas en esta instancia contra COLPENSIONES, teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia se analizó integralmente a su favor en el grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

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: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia materia de apelación y de consulta proferida el 1º de agosto de 2022 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, el cual quedará en los siguientes términos:

***“TERCERO:** CONDENAR a SKANDIA, PROTECCION y COLFONDOS, DEVOLVER a COLPENSIONES en el término de un (1) mes, contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, el porcentaje descontado de las cotizaciones realizadas durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado en cada fondo privado por concepto de comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.*

Parágrafo: ORDENAR a SKANDIA, PROTECCION y COLFONDOS, si aún no lo ha hecho, también devuelvan los rendimientos financieros generados por las cotizaciones realizadas durante la afiliación del pretensor a cada uno de dichos fondos privados, según lo expuesto en la parte motiva de este proveído.”

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia de primer grado confutada.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de SKANDIA S.A. y de PORVENIR S.A., y en favor de la parte demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de un (1) SMMLV, esto es, la suma de **\$ 1.000.000**, 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.


VÍCTOR HUGO ORIUELA GUERRERO
Magistrado Ponente


MARIA 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