



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Radicado:	05001-31-05-011-2019-00726-01 (O2-22-358)
Demandantes:	NORA LUCÍA VASCO LÓPEZ
Demandados:	AFP COLFONDOS S.A., AFP PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES E.I.C.E.
Procedencia:	JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia:	SENTENCIA No.256 DEL 28 DE NOVIEMBRE DE 2022
Asunto:	INEFICIACIA DEL TRASLADO RPMPD - RAIS

En Medellín, a los veintiocho (28) días del mes de noviembre del año 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 VICTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**, quien actúa como magistrado sustanciador, procede a decidir los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma entidad pública, dentro del proceso ordinario instaurado por **NORA LUCÍA VASCO LÓPEZ** en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, con radicado n.º 05001-31-05-011-2022-2019-00726-01 (O2-22-358).

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 gestora judicial, **NORA LUCÍA VASCO LÓPEZ** pretende que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, y la consiguiente reactivación de su afiliación a COLPENSIONES sin solución de continuidad, con la devolución del saldo de la cuenta de ahorro individual con todos sus aportes, bonos pensionales, con sus respectivos rendimientos y sin ningún descuento, y el pago de las costas del proceso, con fundamento en que estuvo afiliada al ISS para los riesgos de IVM desde el 1º de febrero de 1995 hasta el 30 de septiembre de 1996, cuando se trasladó de régimen a través de la AFP PORVENIR S.A., para luego afiliarse, el 25 de abril de 2003 a la AFP COLFONDOS S.A., y finalmente, en el año 2007 regresó a la AFP PORVENIR S.A.;

que al momento del traslado de régimen no se le suministró información clara, detallada y precisa de los escenarios pensionales en ambos regímenes pensionales y sus características, y que solicitó a COLPENSIONES el traslado de administradora de pensiones el 26 de noviembre de 2019, solicitud despachada desfavorablemente por la entidad mediante comunicado del 27 de noviembre de 2019.

1.1 TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 3 de mayo de 2021 (doc. 002), con el cual ordenó su notificación y traslado a la parte accionada.

Una vez notificada (doc. 001 pág. 95), COLPENSIONES contestó la demanda (doc. 003) a través de apoderado judicial, quien se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la afiliación y el traslado se realizó en correcta forma, al tiempo de formular las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del traslado del régimen, inexistencia de la nulidad o ineficacia del traslado, equivalencia del ahorro o diferencias pensionales, devolución de aportes debidamente indexados, devolución de cuotas de administración debidamente indexadas, buena fe de COLPENSIONES, compensación, e imposibilidad de condena en costas.

Por su parte, luego de notificarse (doc. 001 pág. 95), PORVENIR S.A. dio contestación a la demanda a través de apoderada judicial (doc. 008), en la cual se opuso a las pretensiones formuladas, con apoyatura en que el traslado de régimen es completamente válido, sin que se demuestre causal de la ineficacia alguna que invalide la afiliación voluntaria de la demandante en el R.A.I.S., a la vez de proponer las excepciones de mérito que intituló: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

A su turno, COLFONDOS S.A. aportó contestación al libelo genitor por intermedio de vocero judicial (doc. 009), quien manifestó oponerse a las pretensiones de la demanda porque la decisión de la demandante está exenta de cualquier engaño o error que pudiera ser provocado por los asesores de su representada, quienes están debidamente capacitados para dar toda la información relevante y necesaria para orientar a las personas en sus posibles inquietudes respecto a los sistemas pensionales. En ese norte, formuló los medios enervantes de mérito que rotuló: inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

1.2. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida el 5 de septiembre de 2022 (docs. 023 y 024), oportunidad en la cual el cognoscente de instancia declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, ordenando a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes de la demandante como cotizaciones con todos sus frutos e intereses, y a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a trasladar lo descontado por gastos de administración, primas previsionales de seguros de invalidez y sobrevivientes y de reaseguro de Fogafín, y lo destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima y al Fondo de Solidaridad Pensional, durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante y de manera indexada; y entre tanto, a COLPENSIONES, a recibir dichas sumas de dinero y a tener como afiliada a la demandante sin solución de continuidad, a la vez de gravar en costas a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES en favor de la actora.

1.3 APELACIÓN

Decisión que fue recurrida oportunamente en apelación por el apoderado judicial de PORVENIR S.A., en cuyo sustento arguyó que se probó que la demandante tuvo asesoría previa al traslado, y que la misma fue libre y espontánea, cumpliéndose así con los requisitos vigentes para la época, máxime que la demandante permaneció vinculada durante años al RAIS y se trasladó entre AFP, y siendo que su única motivación para buscar la declaratoria de ineficacia es económica. Esgrimió que la debida asesoría y buen consejo no existía al momento del traslado. En subsidio, solicita que no se ordene la devolución de los descuentos efectuados sobre las cotizaciones, porque los mismos ya no obran en el patrimonio de su representada y tuvieron un origen legal, no siendo posible retrotraer dichos pagos, por manera que debe aplicarse las restituciones mutuas para evitar una doble condena.

A su turno, el apoderado judicial de COLPENSIONES, apeló oportunamente la condena en costas contra su representada, afirmando al efecto que su representada únicamente hace parte del juicio para asumir las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, como consecuencia lógica de la condena, pero no como condenada o responsable de la ineficacia.

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 DE CONCLUSIÓN

En el trámite de segunda instancia, el apoderado judicial de COLPENSIONES incoó escrito contentivo de alegatos de conclusión en segunda instancia, con el cual solicitó que sea revocada la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se absuelva a su representada de todas las pretensiones incoadas en su contra, para que la situación pensional de la parte actora sea resulta bajo el RAIS. Subsidiariamente, solicita que se ordene a las AFP devolver a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora de forma indexada, con todos sus frutos e intereses.

Seguidamente, la poderhabiente judicial de PORVENIR S.A., presentó alegatos de conclusión en segunda instancia, aduciendo que la decisión de la parte actora de afiliarse al RAIS se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley; y en forma subsidiaria, esgrimiendo que la condena a reintegrar a Colpensiones los aportes del demandante como son cotizaciones, gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje correspondiente a la FPGM con los rendimientos e intereses, la prima de reaseguro de FOGAFIN y los aportes del fondo de solidaridad pensional, debe ser revocada.

Finalmente, el apoderado judicial de la parte actora alegó que debe confirmarse en su totalidad la sentencia objeto de examen, estimatoria de las pretensiones de la demanda.

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 PORVENIR S.A. 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 estudiará integralmente la decisión 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 centra en definir: ¿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 declaratoria de ineficacia del traslado y si es procedente infligir condena en costas a COLPENSIONES?

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

El sentido del fallo de esta Corporación será **confirmatorio** en cuanto a la declaración de 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, reconociendo las consecuencias jurídicas que conlleva la devolución de las cotizaciones, en cuanto que se debe contemplar por parte de las AFP accionadas el traslado indexado de las sumas descontadas para cubrir los aportes al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, el pago de seguros previsionales y los gastos o comisión de administración, **modificándolo** en lo atinente a ordenar también a COLFONDOS S.A. a devolver los rendimientos financieros, si aún no lo ha hecho, a la vez de **revocar** la orden de devolver los aportes del Fondo de Solidaridad Pensional y la condena en costas impuesta contra COLPENSIONES en sede de primera instancia, de conformidad con los planteamientos que pasan a exponerse:

2.2.1 Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS

En lo que interesa a la Litis, no es objeto de discusión los siguientes hechos: que la accionante venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) administrado por el otrora ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 23 de febrero de 1995 (doc. 001 pág. 84 y doc. 007); que no es beneficiaria del régimen de transición ni por edad (doc. 001 pág. 16) ni por tiempo de servicios cotizados (doc. 001 pág. 84 y doc. 007); que NORA LUCÍA VASCO LÓPEZ se trasladó el **30 de septiembre de 1996** a la AFP PORVENIR S.A. (doc. 001 pág. 34 y doc. 008 pág. 27), para afiliarse luego el 18 de enero de 1999 a la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., regresando posteriormente a esta última AFP el 17 de enero de 2000 (doc. 008 pág. 22), y luego afiliarse a la AFP COLFONDOS S.A. el 25 de abril de 2003 (doc. 001 pág. 65), para retornar nuevamente a la AFP PORVENIR S.A. el 17 de agosto de 2007 (doc. 008 pág. 22); amén de que el 26 de noviembre de 2019 impetró ante COLPENSIONES el traslado de régimen pensional (doc. 001 pág. 79), pedimento que fue resuelto desfavorablemente por la entidad pública accionada mediante comunicado del 27 de noviembre de 2019 2019 (doc. 001 pág. 81).

Para resolver de fondo la Litis, sea lo primero señalar que esta Colegiatura 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, pasando por las sentencias SL1217-2021 y SL3202-2021, hasta la

reciente sentencia SL950-2022, 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 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 beneficiaria del régimen de transición, o esté próxima o no a pensionarse.

En esa línea, preciso es ponderar por la Sala que para la fecha del traslado de régimen pensional el 15 de julio de 1994, la AFP accionada tenía la obligación de brindar información detallada en cumplimiento de lo normado en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, y 97 numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, lo que en palabras de la Corte Suprema de Justicia, como en la 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 por parte de la AFP el correspondiente formulario de afiliación (doc. 001 pág. 34 y doc. 008 pág. 27), mismo que no fue desconocido ni tachado por la parte actora; 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 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, o cuando menos, al momento de efectuarse la afiliación y traslado del régimen pensional.

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 allegar un formato pre-impreso de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que la Superintendencia Financiera de Colombia indica deben reunirse, 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 debían efectuarse aportes voluntarios superiores 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 derechohabientes por sobrevivencia incrementan dicha suma mínima requerida, entre otras particularidades, en razón a que 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 atender también a que la afiliada pueda lograr la prestación económica que mejor se acompañe con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

Ahora, si bien la litigiosa por activa de la relación procesal acepta en el interrogatorio que previo al traslado de régimen, un asesor de la AFP se reunió con ella (min. 38:00), no puede pasar de soslayo la Sala que el deber de información únicamente se satisface con la evidencia de que la decisión de la afiliada haya sido libre e informada, lo que no se logra acreditar por la AFP accionada, puesto que por el contrario, la accionante enfatizó que la asesoría brindada previamente a la afiliación fue superficial, fragmentaria y grupal (min. 38:30), informándosele principalmente que el ISS se iba a acabar y que la AFP era más segura (min. 39:45), pero sin indicarle cuáles eran las características comparativas de ambos regímenes pensionales, las desventajas de afiliarse al RAIS y las modalidades y requisitos pensionales de dicho régimen.

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, el hecho de que la accionante hubiere sido informado del posible valor de su mesada pensional en el RAIS el 7 de noviembre de 2019 (doc. 001 pág. 30 y doc. 008 pág. 75), y aún en el entendido de que hubiere sido debidamente asesorada en sus posteriores afiliaciones al interior del RAIS el 18 de enero de 1999, el 17 de enero de 2000, el 25 de abril de 2003 y el 17 de agosto de 2007, 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, la afiliada 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 abocarse 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”.

Es de resaltar que la AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad que llevó a cabo la afiliación y traslado de régimen pensional, no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el ejecutivo de servicios que atendió a la litigiosa por activa cumpliera con su deber legal de suministrar información clara, completa y comprensible al potencial 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 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, ni relevantes las argumentaciones referidas al nivel académico de la accionante (min. 36:30), frente a un tema especializado y de elevada complejidad, en especial, para la misma promotora del juicio, como es la causación de las prestaciones económicas reconocidas por el sistema general en pensiones, como tampoco las referencias a que la afiliada no haya realizado indagaciones por su cuenta de su situación pensional, en cuanto que el deber de brindar tal información está radicado por ministerio de la ley de manera exclusiva en la AFP que la afilió, imponiéndose de esta forma la confirmación de la sentencia de instancia en este ítem.

2.2.2. Traslado de las cotizaciones.

A este respecto, es preciso indicar que tal devolución debe ceñirse a los términos del artículo 1746 del Código Civil, en consonancia a lo pregonado por la jurisprudencia del máximo tribunal

de esta jurisdicción, en sentencias como las SL31898 de 2008, SL4989-2018 y SL1429-2019, al tiempo que COLPENSIONES tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que el hecho de que dicha entidad sea un tercero la imposibilite para recibir los aportes, por la simple y llana razón de que esta entidad administra el régimen de prima media con prestación definida (RPMPD), al cual se encontraba afiliada la demandante antes de trasladarse al RAIS 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, consiguientemente la AFP deberá devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación.

En el anterior contexto, la Sala estima pertinente resaltar las prédicas de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en la sentencia SL2877-2020, en la que se recapitulan las implicaciones y consecuencias de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, de la cual se trasuntan algunos apartes:

“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 la 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 la 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 los gastos 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 jurídicamente

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 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, cumple acotar que dicha Circular 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, dado que sobre este ítem, 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 dicho en líneas anteriores.

En lo concerniente con la indexación de las partidas descontadas sujetas a traslado, vale indicar que debe procederse a su reconocimiento oficioso, en tanto que ello no se traduce en una condena sino solo es el reconocimiento de los efectos de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda de las sumas descontadas de las cotizaciones por los rubros atrás descritos por el paso del tiempo, prohibiéndose el criterio jurisprudencial expuesto en la reciente sentencia SL950-2022 emitida por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

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, incluso 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-

Por último, ha de precisarse que el a quo también ordenó devolver a COLPENSIONES los descuentos efectuados con destino al **Fondo de Solidaridad Pensional (FSP)**, descuento sobre el cual estima la Sala no es procedente su devolución, habida cuenta que el FSP no es un fondo del RAIS (como es el caso del Fondo de Garantía de la Pensión Mínima) ni del RPMPD, sino que es un fondo independiente dentro del Sistema General de Pensiones, es decir, que el FSP que tiene una naturaleza totalmente diferente al RAIS y al RPMPD: "es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio del Trabajo y administrada por sociedades fiduciarias de naturaleza pública" (T-321 de 2019), cuya finalidad es "(...) subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte" y "hacer efectivo el principio de solidaridad que rige al sistema de seguridad social" y materializar el Estado Social de Derecho, al asegurar a los menos favorecidos la satisfacción de sus necesidades básicas", (artículo 26 de la Ley 100 de 1993 y sentencias C-243 de 2006, reiterada en la T-321 de 2019), y de consiguiente, su devolución es totalmente irrelevante a efectos de financiar el fondo común del RPMPD.

En derredor de los descuentos efectuados por las AFP para la **prima de reaseguro del Fogafín**, ha de anotar la Sala que el mismo se encuentra incluido dentro del 3% que el inciso 3º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 autoriza a descontar a las AFP en los siguientes términos: "En el régimen de ahorro individual con solidaridad (...) el 3% (...) se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes." Por manera que refule palmar que dicho descuento afecta la totalidad del monto de la cotización del afiliado y está destinado a asuntos de seguros previsionales y gastos administrativos, por manera que deben igualmente retornar a COLPENSIONES, de conformidad con los precedentes judiciales ya citados, 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 jurídicamente establecido, aquel nunca hubiera sido deducido por la AFP de no haberse verificado la afiliación y traslado de régimen pensional.

Ello así, habrá de confirmarse la decisión de la *a quo* en tanto ordenó el retorno de la parte actora al RPMPD a cargo de COLPENSIONES sin solución de continuidad, junto a la devolución íntegra de todos los aportes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las comisiones o gastos de administración, primas del seguro previsional, aportes al FGPM, de manera indexada, de modificarla en cuanto a la devolución de los rendimientos financieros a cargo de la AFP COLFONDOS S.A. durante el tiempo de afiliación de la pretensora a ese fondo privado, si aún no lo ha hecho.

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 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.

3. COSTAS

Costas en segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, por haberse resuelto desfavorablemente el recurso de apelación propuesto, fijándose las agencias en derecho en la suma de \$1.000.000, equivalente a un (1) SMMLV. Sin costas en contra de COLPENSIONES, pues si bien interpuso el recurso de apelación, lo cierto es que la sentencia se analizó integralmente en su favor en virtud al grado jurisdiccional de consulta.

De las infligidas en primera instancia, habrán de revocarse las impuestas contra COLPENSIONES, en la medida en que dicha entidad no tuvo injerencia alguna en el acto jurídico declarado ineficaz, y si se profieren órdenes en su contra, ello no obedece a sus acciones u omisiones sino a las consecuencias jurídicas que devienen de la declaratoria de ineficacia. Las demás impuestas en primera instancia se confirman, habida cuenta que las AFP contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones enarboladas, propusieron excepciones de fondo, y fueron vencidas en juicio, sin que se configure ninguno de los supuestos que permiten al juez abstenerse de condenar en costas, de conformidad con lo reglado por el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral por remisión analógica auspiciada por el artículo 145 del estatuto adjetivo laboral.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN**, Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

4. RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales **SEGUNDO** y **TERCERO** de la sentencia materia de apelación y de consulta dictada el 5 de septiembre de 2022 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, el cual quedará en los siguientes términos:

***“SEGUNDO:** ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar del RAIS al RPMCPD administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE los aportes de la demandante como son cotizaciones, gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, y, también deberá trasladar la prima de reaseguro de FOGAFIN que se hubieren causando en el tiempo en que la actora estuvo vinculada a dicha administradora, descuentos que deberá trasladar de forma indexada.*

***TERCERO:** ORDENAR a las sociedades COLFONDOS S.A. a trasladar los aportes de la demandante destinados a cubrir los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y reaseguro del Fogafín, el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, y de manera indexada, que se hubieren causado en el tiempo en que la actora estuvo afiliada a dichos fondos privados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE.*

***Parágrafo:** COLFONDOS S.A. deberá devolver a COLPENSIONES, si aún no lo hubiere hecho, los rendimientos financieros generados por los aportes realizados por la demandante mientras ésta estuvo afiliada a dicha AFP.”*

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral **SEXTO** de la sentencia materia de apelación y de consulta dictada el 5 de septiembre de 2022 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, el cual quedará en los siguientes términos:

***“SEXTO:** Las COSTAS están a cargo de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. y a favor de NORA LUCÍA VASCO LÓPEZ, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de PORVENIR S.A. y de \$1.000.000 a cargo de COLFONDOS. Sin costas contra COLPENSIONES EICE.”*

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de NORA LUCÍA VASCO LÓPEZ, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

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 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