

TEMA: INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL - Nace como fruto del análisis de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto esta determinó que muchas personas en el país se trasladaron de un régimen a otro sin que haya existido una suficiente información por parte de la administradora de pensiones, provocando pérdida de sus derechos pensionales más beneficiosos. /

HECHOS: Pretende la demandante que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al RAIS, y como consecuencia, se ordene el retorno a Colpensiones sin solución de continuidad; que se ordene a las AFP del RAIS demandadas devolver a Colpensiones los aportes pensionales con los respectivos rendimientos y las cuotas de administración, y al final, que se condene en costas procesales. Por otra parte, las demandadas se opusieron a las pretensiones proponiendo excepciones como falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del traslado de régimen, inexistencia de la ineficacia del traslado a la AFP PROTECCIÓN S.A., inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP PROTECCIÓN S.A. ante COLPENSIONES en casos de ineficacia del traslado de régimen, indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el régimen de prima media, desconocimiento del precedente judicial, equivalencia del ahorro o diferencias pensionales, devolución de aportes debidamente indexados, devolución de cuotas de administración debidamente indexadas por Protección S.A., buena fe de Colpensiones, prescripción, compensación, inexistencia de la obligación de reconocer y pagar intereses moratorios, imposibilidad de condena en costas, y la innominada o genérica. El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida el 16 de diciembre de 2023, oportunidad en la cual el cognoscente de instancia declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS. El thema decidendi en la presente Litis se circunscribe en definir: i) ¿Si operó la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional efectuado por el extremo litigioso por activa a la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad convidada a juicio?, y de ser así, ii) ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de la ineficacia del traslado? iii) ¿Si se configura el fenómeno de la prescripción en la declaratoria de ineficacia del traslado?

TESIS: La Sala estima oportuno resaltar las prédicas de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en la sentencia SL2877-2020, en la que se recapitulan las implicaciones y consecuencias de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, de la cual se trasuntan los apartes pertinentes: “i) que ésta involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que el demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima. iii) que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por la promotora del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones.” Así pues, la ineficacia del traslado conlleva precisamente a que el fondo privado de pensiones devuelva todas las cotizaciones que hubiere recibido, incluyendo lo correspondiente al porcentaje que por gastos o comisión de administración

haya descontado de las cotizaciones, así como también lo descontado para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima (Decreto 3995 de 2008 artículo 7, Sentencia SU-062 de 2010) y las sumas de la aseguradora (primas previsionales), pues carecería de sentido y objeto la declaratoria de ineficacia por la falta de información y debida asesoría, de no trasladarse de manera íntegra las cotizaciones efectuadas, viéndose favorecida la AFP sin razón financiera atendible, habida cuenta que a pesar de que tales descuentos tuvieron un origen legal y sirvieron en su momento a un propósito jurídicamente preestablecido, como el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, la administración financiera de las cotizaciones o el fortalecimiento de un fondo de garantía, aquellos nunca hubieran sido detraídos por la AFP de no haberse verificado la afiliación y traslado de régimen pensional.(...) Ello así, habrá de declararse la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional, a la vez de ordenar el retorno de la actora al RPMPD a cargo de COLPENSIONES sin solución de continuidad, bajo la ficción jurídica de que nunca se desafilió de esta última entidad de seguridad social, a la par de la devolución de todos los aportes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y rendimientos financieros generados, incluyendo los rubros descontados de las cotizaciones por las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de afiliación en cada AFP), los que deberán devolverse debidamente indexados.(...)

MP. VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

FECHA: 22/03/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: GLORIA CRISTINA MARÍN MARÍN
Demandados: COLPENSIONES Y OTROS.
Procedencia: JUZGADO VEINTISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA n.º 032
Radicado n.º: 05001-31-05-026-2023-00029-01 (O2-24-007)

En Medellín, a los veintidós (22) días del mes de marzo de dos mil veinticuatro (2024), 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 Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados **CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES**, **MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ**, y **VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**, quien actúa como magistrado sustanciador, procede a decidir el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario instaurado por **GLORIA CRISTINA MARÍN MARÍN** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.**, y **PORVENIR S.A.**, con radicado n.º 05001-31-05-026-2023-00029-01 (O2-24-007).

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

1. ANTECEDENTES

1.1 Demanda. Mediante poderhabiente judicial **GLORIA CRISTINA MARÍN MARÍN** pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al RAIS, y como consecuencia, se ordene el retorno a Colpensiones sin solución de continuidad; que se ordene a las AFP del RAIS demandadas devolver a Colpensiones los aportes pensionales con los respectivos rendimientos y las cuotas de administración, y al final, que se condene en costas procesales.

Como sustento fáctico sostuvo que se afilió al ISS, hoy Colpensiones, hasta el mes de diciembre de 1998, época en la cual se trasladó a Protección S.A., la que incumplió la obligación del buen consejo, sin que se haya dado información clara y completa de los

beneficios y consecuencias del traslado; que en febrero de 2021, Protección S.A. le suministró una proyección pensional, en la que, obtendría una pensión de un SMLMV en el RAIS, mientras que en COLPENSIONES ascendería a \$1.304.764 (Fols. 1 a 11 archivo No 01).

1.2 Trámite de primera instancia y contestación de la demanda. La demanda fue admitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 23 de septiembre de 2022 (doc. 011 Folio. 01), con el cual ordenó su notificación y traslado a las partes accionadas. Mediante auto del 28 de abril de 2023 (Fl. 1 a 2 archivo No 31), el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Medellín avocó conocimiento del proceso.

1.2.1 Colpensiones: Una vez notificada (doc. 12 pág. 1), contestó la demanda a través de gestor judicial el 13 de octubre de 2023 (doc. 013 pág. 1 a 41), oportunidad en la cual se opuso a las pretensiones formuladas, con sustento en que el acto de traslado se dio de manera libre, voluntaria y sin presiones; que no se evidencian pruebas de un vicio en el consentimiento o de la indebida información brindada por la AFP del RAIS; que la demandante se encuentra a menos de 10 años de adquirir el reconocimiento pensional, por lo que se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado.

Como excepciones de fondo formuló las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del traslado de régimen, inexistencia de la ineficacia del traslado a la AFP PROTECCIÓN S.A., inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP PROTECCIÓN S.A. ante COLPENSIONES en casos de ineficacia del traslado de régimen, indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el régimen de prima media, desconocimiento del precedente judicial, equivalencia del ahorro o diferencias pensionales, devolución de aportes debidamente indexados, devolución de cuotas de administración debidamente indexadas por Protección S.A., buena fe de Colpensiones, prescripción, compensación, inexistencia de la obligación de reconocer y pagar intereses moratorios, imposibilidad de condena en costas, y la innominada o genérica.

1.2.2 Porvenir S.A.: Una vez notificada, dio contestación a la demanda a través de apoderada judicial (doc. 27 pág. 1 a 14), oportunidad en la que se opuso a las pretensiones formuladas, argumentando que a pesar de que las pretensiones están dirigidas en contra de Protección S.A., lo cierto es que, la eventual nulidad se subsanó por el paso del tiempo a través de la voluntad de la demandante de continuar en el RAIS; que el monto de la mesada pensional en el RAIS no configura la ineficacia del traslado. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios en el consentimiento; saneamiento de la eventual nulidad relativa;

aplicación del artículo 1746 del Código Civil en relación con los rendimientos financieros, gastos de comisiones y primas de seguro; pago; compensación; prescripción; buena fe; y la innominada o genérica.

1.2.3 Protección S.A.: Una vez notificada presentó contestación a la demanda a través de apoderada judicial el 18 de octubre de 2022 (doc. 18 y 20 pág. 1 a 20), oportunidad en la que se opuso a las pretensiones formuladas, sosteniendo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, la cual fue realizada con plena observancia de todas las disposiciones legales vigentes, de manera libre, voluntaria y sin presiones; que la actora se encuentra a menos de 10 años para pensionarse, por lo que se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado del literal e) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Postuló como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación porque afecta a terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre actos de relacionamiento, y la innominada o genérica.

1.3 Decisión de primer grado. El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida el 16 de diciembre de 2023 (doc. 42 pág. 1 a 2 y audiencia virtual archivo No 44), oportunidad en la cual el cognoscente de instancia declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, condenando a PROTECCIÓN S.A., a trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, a COLPENSIONES los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos; condenó a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a reintegrar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, de manera indexada, a COLPENSIONES la cuotas de administración, las primas previsionales, y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima; ordenó a COLPENSIONES a recibir las sumas de las AFP como también reactivar la afiliación en forma permanente y sin solución de continuidad. Finalmente, gravó en costas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., y a favor del demandante.

1.4 Apelación. La decisión fue apelada por **PORVENIR S.A.**, quien manifestó que la afiliación de la demandante para la época del traslado cumplió con el deber de asesoría básico y necesario de Porvenir S.A., al igual que cuando la actora hizo el cambio horizontal en el RAIS; que el formulario de afiliación no fue objeto de reparo, documento del cual emana el consentimiento libre, voluntario y sin presiones de la actora; que quedó acreditado

los actos de relacionamiento a que alude la Sala de Descongestión Laboral, lo que da cuenta de la intención de permanecer afiliada en el RAIS; que lo que la lleva a pedir el traslado es el monto de la mesada pensional, aspecto que no genera la ineficacia del traslado; que la actora debía iniciar una acción de carácter contractual de perjuicios en relación con la controversia del monto de su mesada pensional; que se aparta del precedente de la Corte, puesto que impone una carga probatoria no exigible para la época del traslado; que no está de acuerdo con el traslado de los gastos de administración, seguros previsionales, y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, puesto que éstos se deducen por autorización legal, al margen de que los gastos de administración se justifican en las gestiones realizadas por la AFP para incrementar los rendimientos; que la orden de traslado de los conceptos referidos, constituye un enriquecimiento sin justa causa; que los descuentos surgen por mandato legal, además de ser girados a una aseguradora para una eventual contingencia; que los descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima se tratan de recursos que no se encuentran en las arcas de la AFP, por lo que, la devolución constituiría un doble pago; que la orden va en detrimento de los intereses de la AFP. En últimas, observó que las actuaciones de la AFP se hicieron conforme a derecho y de buena fe, por lo que, no hay lugar a condena en costas.

1.5 Trámite de Segunda Instancia. El recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta fue admitido por esta corporación el 29 de enero de 2024 (Doc. 02, pág. 01 a 02), y en el mismo auto se corrió traslado a las partes, para que, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, presentaran alegatos de conclusión por escrito, de estimarlo del caso, siendo que de manera oportuna Porvenir S.A. alega que se revoque la decisión de instancia, porque no se configura la ineficacia del traslado, y en el evento de confirmarse la ineficacia, pretende que no se devuelvan los gastos de administración, seguros previsionales, y aportes para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por tratarse de descuentos autorizados por la ley; igualmente, Colpensiones insta que se revoque la sentencia, toda vez que el traslado fue válido y en el evento de confirmarse la ineficacia del traslado, se ordene la devolución de todos y cada uno de los emolumentos descontados de las cotizaciones, debidamente indexados.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

2.1 Apelación sentencia, y principio de consonancia. Surtido el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A., 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 providencia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, para lo cual se plantea el estudio de los siguientes:

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

i) ¿Si operó la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional efectuado por el extremo litigioso por activa a la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad convidada a juicio?, y de ser así, **ii)** ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de la ineficacia del traslado? **iii)** ¿Si se configura el fenómeno de la prescripción en la declaratoria de ineficacia del traslado?

2.3 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 pregona el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y en cuanto a las consecuencias jurídicas que determina la devolución de las cotizaciones, esto es, que se debe incluir también el traslado de las sumas descontadas para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, por seguros previsionales y por gastos o comisiones de administración, descuentos que deben ser devueltos de manera indexada, de conformidad con los planteamientos que pasan a exponerse:

2.4 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 desde el 05 de agosto de 1987 (doc. 3 pág. 20); que no es beneficiaria del régimen de transición por edad (doc. 03 pág. 03), ni por tiempo de servicios (doc. 3 pág. 20); que se trasladó el 30 de junio de 1995 a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. (doc. 27 pág. 53); que posteriormente se trasladó a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., el 15 de octubre de 1998 (doc. 20 pág. 30), entidad donde se encuentra actualmente. En últimas, el 21 de enero de 2021 impetró ante COLPENSIONES el traslado de régimen pensional (doc. 03 pág. 5 a 7).

2.5 Carga de la prueba y deber de información. Para resolver de fondo la Litis, sea lo primero señalar que este juzgador plural viene acogiendo el criterio jurisprudencial sostenido antaño por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y desarrollado desde el año 2008 con la sentencia de radicación n.º 31989 del 9 de septiembre de 2008 hasta la más reciente sentencia SL610-2023, línea jurisprudencial en la que se haya el precedente judicial por seguir, de donde se desprende que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber ineludible

desde su creación; que la suscripción del formulario de afiliación es insuficiente para probar el cumplimiento de tal deber, requiriéndose la prueba del consentimiento informado; que la carga de la prueba le corresponde a las AFP, por virtud de su inversión a favor del afiliado como parte débil de la relación jurídica contractual, y que el alcance de la jurisprudencia laboral citada, permite aplicarla a todos los eventos de traslado de régimen pensional, sin importar que el derecho de la afiliada esté consolidado, sea beneficiaria del régimen de transición, o esté próxima o no a pensionarse.

En esa misma dirección, preciso es relieves por la Sala que para la fecha del traslado de régimen pensional el 30 de junio de 1995, la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., tenía la obligación de brindar información detallada en cumplimiento de lo normado en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, y 97 numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, lo que en palabras de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1217-2021, consiste en: *“ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas. (...) suministrar (...) una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. (...) proporcionar (...) una ilustración acerca de las condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, lo que incluye la existencia de una transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.”*

Conforme los anteriores basamentos legales y jurisprudenciales, tenemos que, en lo concerniente a la afiliación inicial, se allegó el correspondiente formulario de afiliación inicial al RAIS (doc. 27 págs. 53), probanza de la que no se desprende que de manera documentada se haya presentado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP cumpliera con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, en tanto no basta explicar los beneficios de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron explicitadas previo al momento de efectuarse la afiliación y traslado del régimen pensional.

En este punto, estima pertinente la Sala denotar que si la AFP demandada no cuenta con ningún soporte documental para la fecha del traslado de régimen, tal circunstancia deja entrever una clara contravención de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegarse un formato pre-impreso de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que indica la Superintendencia Financiera de Colombia, sino que se requiere acreditar la efectiva asesoría integral brindada en la antesala del traslado de

régimen, ilustrando al interesado sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, apercibiendo al promotor del juicio de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima debía efectuar aportes voluntarios adicionales o extraordinarios a las deducciones de ley por cotizaciones; que para causar la pensión de vejez se debe contar con una suma dineraria mínima en la cuenta de ahorro individual; que la existencia de eventuales beneficiarios por sobrevivencia incrementan dicha suma mínima requerida, entre otras particularidades, puesto que *in fine* la asesoría no debe estar encaminada a persuadir al afiliado con llamativos rendimientos financieros o la posibilidad de acceder a la pensión sin importar la edad, sino que debe orientarse también a que la afiliada pueda lograr la prestación económica que mejor se acompañe con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

Ahora, nótese que la litigiosa por activa de la relación procesal en el interrogatorio afirma que la asesoría fue en el lugar donde laboraba y de manera grupal, y sobre el punto nada dijo la AFP demandada, es decir, ninguna probanza refleja que se le haya suministrado la debida información a la actora, por lo que, no puede pasar de soslayo la Sala que el deber de información únicamente se satisface con la evidencia de que la decisión del afiliado haya sido libre e informada, lo que no se logra acreditar por la AFP accionada, es decir, se trasladó al accionante sin explicarle cuáles eran las características puntuales y comparativas del RAIS y del RPMPD, ni las posibles desventajas de su traslado de régimen pensional.

Es de resaltar que la AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad a la que se afilió y trasladó la pretensora, 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, pues por el contrario, la falta de soporte documental o archivo de la historia laboral de que trata el artículo 38 del Decreto 692 de 1994 permite inferir que, el traslado de régimen pensional no se ciñó a los parámetros legales y jurisprudenciales, sin que resulten suficientes las manifestaciones ambiguas y generalizadas hechas por el extremo litigioso activo en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las referidas a la condición académica o nivel de instrucción del demandante frente a un tema de alta complejidad como lo es la liquidación y cálculo de una mesada pensional, como también las referidas a que el afiliado no haya realizado indagaciones por su cuenta de su situación pensional, en tanto el deber de brindar tal información privilegiada corresponde *ope legis* a la AFP.

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

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

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

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 30 de junio de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

2.7 Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Ha de indicarse que bajo el supuesto de la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información en razón del simple paso del tiempo, el máximo tribunal de esta jurisdicción, entre otras sentencias, en la SL 1688-2019, apunta que el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no es razón suficiente para subsanar el incumplimiento en que incurrió la AFP al momento del traslado de régimen pensional, toda

vez que la oportunidad del suministro de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar la mejor decisión en función de sus intereses y expectativas la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a la ausencia de información requerida.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia estudia la excepción de saneamiento de la nulidad relativa, precisando que el cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, excepto 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”*.

De igual manera, frente a los actos de relacionamiento, acota la Sala que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, (SL4205-2022) ha tenido la oportunidad de pronunciarse frente a esa tesis expuesta por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicando que los traslados entre AFP del RAIS no constituyen actos de relacionamiento, y en todo caso, frente a la tesis sostenida por la Sala de Descongestión que: *“la Corte no pasa por alto que Porvenir S.A. refirió que la Sala de descongestión de esta Corte en sentencia CSJ SL1061- 2021 señaló que si la persona presenta varios traslados horizontales ello supone la vocación de permanencia del afiliado y presupone que tiene cierto conocimiento respecto del RAIS; no obstante, cabe advertir que es la Sala de Casación Laboral permanente la única constitucionalmente facultada para unificar la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social”*.

Así las cosas, el paso del tiempo no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional, así como tampoco opera el saneamiento de la nulidad relativa, por lo que habrá de confirmarse la decisión de instancia en este tópico.

2.8 Traslado de las cotizaciones. A este respecto, es preciso indicar que tal devolución debe ceñirse a los términos del artículo 1746 del Código Civil, en consonancia a lo pregonado por la jurisprudencia del máximo tribunal de esta jurisdicción, en sentencias como las SL31898 de 2008, SL4989-2018 y SL1429-2019; que COLPENSIONES tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que el hecho de que dicha entidad sea un tercero le

impida recibir los aportes, por la simple y llana razón de que esta entidad administra el régimen de prima media con prestación definida; que de conformidad con el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 los dos regímenes de pensiones si bien coexisten son excluyentes, y de consiguiente, una vez declarada la ineficacia del traslado en el RAIS la AFP deberá devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la actora, sin interesar que haya estado afiliada al ISS con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

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

“i) que ésta involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida;

ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que el demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima.

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

Así pues, la ineficacia del traslado conlleva precisamente a que el fondo privado de pensiones devuelva todas las cotizaciones que hubiere recibido, incluyendo lo correspondiente al porcentaje que por gastos o comisión de administración haya descontado de las cotizaciones, así como también lo descontado para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima (Decreto 3995 de 2008 artículo 7, Sentencia SU-062 de 2010) y las sumas de la aseguradora (primas previsionales), pues carecería de sentido y objeto la declaratoria de ineficacia por la falta de información y debida asesoría, de no trasladarse de manera

íntegra las cotizaciones efectuadas, viéndose favorecida la AFP sin razón financiera atendible, habida cuenta que a pesar de que tales descuentos tuvieron un origen legal y sirvieron en su momento a un propósito jurídicamente preestablecido, como el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, la administración financiera de las cotizaciones o el fortalecimiento de un fondo de garantía, aquellos nunca hubieran sido detraídos por la AFP de no haberse verificado la afiliación y traslado de régimen pensional.

En esa misma dirección, esta Sala considera que hay lugar al traslado de todas las cotizaciones y sus rendimientos a COLPENSIONES, a propósito de que engrosen el fondo común de naturaleza pública, según las previsiones contenidas en el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, de modo que, se garantice no sólo 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 esta Sala no desmerece el pronunciamiento de la Superintendencia Financiera en torno del tema, es preciso indicar que tal acto aborda es el traslado de régimen pensional por voluntad propia y no en virtud de la declaratoria de su ineficacia, además de no ser de obligatorio acatamiento para los operadores judiciales; de ahí que, la Sala se aviene es al precedente jurisprudencial que en derredor del tema ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como ampliamente quedó expuesto en líneas anteriores.

Así mismo, debe ordenarse que la devolución de los descuentos de manera indexada (SL 3321-2021 y SL1637-2022), atendiendo a que si bien aquella no fue impetrada con la demanda, esto es, no fue materia de debate en el presente proceso, debe procederse a su reconocimiento oficioso, en tanto en cuanto ello no se traduce en una condena sino en el reconocimiento del efecto de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, esto es, las sumas descontadas de las cotizaciones por los rubros atrás descritos por el transcurso del tiempo, prohijándose el criterio jurisprudencial expuesto en la reciente sentencia SL950-2022 emitida por la H. Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral.

En suma, vale acotar por recapitular los predicamentos del máximo tribunal de casación laboral, en la reciente sentencia SL1126-2022, Radicación n.º90257, del 23 de marzo de 2022, M.P. Omar Ángel Mejía Amador, cuando describe de forma meridiana cuál es la carga asumida por los fondos privados, aun tratándose de traslados horizontales dentro del RAIS, qué alcances tiene la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en los siguientes términos: “...Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que

los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima y las primas de los seguros previsionales, **sumas debidamente indexadas**, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020, SL 5595-2021). Y sin perjuicio de las acciones que pueda ejercer Colpensiones por los conceptos adeudados a favor del demandante generados en virtud de los múltiples traslados". -Subrayas de la Sala-

Ello así, habrá de declararse la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional, a la vez de ordenar el retorno de la actora al RPMPD a cargo de COLPENSIONES sin solución de continuidad, bajo la ficción jurídica de que nunca se desafilió de esta última entidad de seguridad social, a la par de la devolución de todos los aportes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y rendimientos financieros generados, incluyendo los rubros descontados de las cotizaciones por las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de afiliación en cada AFP), los que deberán devolverse debidamente indexados.

Frente a todas las devoluciones antes referidas, conviene precisar que tal orden se deberá realizar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, pues esta Sala de Decisión Laboral es del criterio que frente a estos eventos es aplicable el artículo 16 del Decreto 692 de 1994; de igual modo, que las aludidas devoluciones se deberán cumplir siguiendo los lineamientos establecidos en el artículo 2.2.2.4.8. del Decreto 1833 de 2016.

En ese orden, como la sentencia de primer grado engloba los conceptos atrás referidos, específicamente en lo que respecta a los gastos de administración, aportes para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima y las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, junto con la indexación, además que se estipula que tal orden se debe cumplir antes de 30 días calendario de que trata el inciso 3 del artículo 16 del Decreto Reglamentario 692 de 1994, aún vigente, y por todo ello, habrá de confirmarse la decisión de instancia en este tópico.

2.9 Excepción de prescripción. En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, es criterio jurisprudencial decantado y reiterado por el máximo tribunal de esta jurisdicción que *“la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos*

no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, debido a que con esta declaración se busca comprobar o constatar un estado de cosas - carencia de efectos jurídicos del acto de afiliación y traslado de régimen pensional desde su génesis con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360- 2019 y CSJ SL373-2021).” (SL3871-2021), a más de que esta Sala ha sido del recurrido criterio que en esta clase de procesos, las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia hacen imperativo el traslado de las aportaciones de manera integral, y al tratarse de un asunto íntimamente ligado con la materialización del derecho a la pensión de vejez, de naturaleza imprescriptible, unívoco tratamiento ha de reconocérsele (SL361-2019).

2.10 Costas. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y en favor de la parte demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de un (1) SMMLV, esto es, la suma de **\$ 1.300.000**, por haberse resuelto desfavorablemente el recurso de apelación propuesto, de acuerdo con la regla prevista en el numeral 1 del artículo 365 del CGP. Las de primera instancia se confirman, pues las AFP del RAIS fungieron como demandadas y ejercieron férrea defensa en punto a desestimar las pretensiones de la demanda, amén de que se generan dichas expensas como parte vencida en el proceso, con apego a lo dispuesto con el artículo 365 *ejusdem*.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia materia de apelación y consulta proferida el 18 de diciembre de 2023 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Medellín, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., y en favor de la demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de \$ 1.300.000. Las costas de primera instancia se confirman.

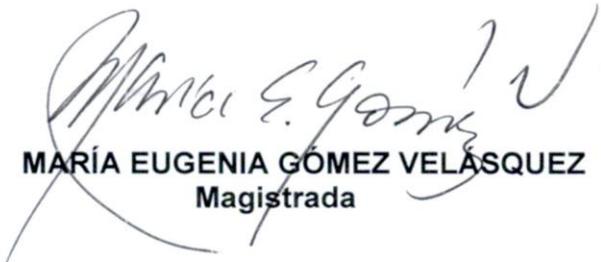
Lo resuelto se notifica mediante **EDICTO**, acogíendose el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, postulado en la providencia AL2550-2021 del 23 de junio de 2021, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente


MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ
Magistrada


CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL

Se deja constancia de que las anteriores firmas corresponden a las firmas originales de los magistrados que integran la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario