



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-010-2019-00662-01 (O2-22-202)
Demandante: PEDRO NEL OSPINA RESTREPO
Demandadas: AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES
Procedencia: JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE EDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No.168 DEL 11 D EAGOSTO DE 2022
Asunto: INEFICIACIA DEL TRASLADO RPMPD - RAIS

En Medellín, a los once (11) días del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados **SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES y VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**, quien actúa como Magistrado Sustanciador, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL, conocido bajo el radicado único nacional 05001-31-05-010-2019-00662-01 (O2-22-202), promovido por PEDRO NEL OSPINA RESTREPO en contra de COLPENSIONES E.I.C.E., PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., con el fin de resolver los Recursos de Apelación interpuestos por la AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES E.I.C.E, respecto de la sentencia que decidió la primera instancia proferida el 06 de junio de 2022 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín.

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

1. ANTECEDENTES

Mediante gestor judicial, **PEDRO NEL OSPINA RESTREPO** pretende que se declare la ineficacia de la afiliación y/o nulidad del acto de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, consecuentemente se tenga por afiliado sin solución de continuidad al régimen

de prima media con prestación Definida; se ordene a PORVENIR S.A., trasladar los aportes cotizados junto con los rendimientos financieros debidamente indexados y se condene en costas a las demandadas.

Como fundamento del impetratorio, indica que nació el 29 de septiembre de 1963, que se afilió a la AFP ING, hoy PROTECCION S.A., en el mes de diciembre de 1997 pero a la fecha de la afiliación se le brindó una asesoría superficial, deficiente e insipiente frente a los pormenores del traslado, que se vinculó a COLPENSIONES en enero de 2002 permaneciendo allí hasta octubre del mismo año, que se trasladó de régimen en noviembre de 2003 a través de PORVENIR S.A. Expresa que no fue suficientemente asesorado al momento de los traslados, que realizados los cálculos de la pensión su mesada pensional sería superior en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que solicitó a COLPENSIONES la devolución al RPMPD, pero tal solicitud le fue negada mediante comunicado del 08 de febrero de 2019.

1.1 TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida por el JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN mediante auto del 25 de noviembre de 2019 (carpeta 01, doc. 01, pág. 84 a 85), con el cual ordenó su notificación y traslado a las demandadas.

Una vez notificada el 06 de diciembre de 2019 (carp.01, doc. 01, pág. 88), COLPENSIONES contestó la demanda el 18 del mismo mes y año, a través de mandataria judicial (carpeta 01, doc. 01, pág. 101 a 129), actuación con la que se opone a la totalidad de las pretensiones aduciendo que el demandante se trasladó de forma libre y voluntaria, siendo el contrato firmado, válido y con plenos efectos jurídicos, proponiendo como excepciones de mérito las denominadas: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir la ineficacia o nulidad de traslado, ausencia de prueba de engaño, equivocada información y perjuicio padecido, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, compensación y presunción de legalidad de los actos jurídicos.

Una vez notificada el 31 de enero de 2020 (carp.01, doc. 01, pág. 161), PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda el 14 de febrero de 2020 a través de mandatario judicial (carpeta 01, doc. 01, pág. 170 a 218), oponiéndose a las pretensiones formuladas, para lo cual sostuvo que el traslado de la demandante se dio bajo los presupuestos legales exigibles para la época, cumpliendo con los requisitos de existencia del acto jurídico, sin que se presentaran vicios del consentimiento; a la vez de proponer como excepciones de mérito las que rotuló: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento

indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y reconocimiento de restituciones mutuas en favor de la AFP.

Finalmente, notificada el 29 de septiembre de 2020 (carp.01, doc. 02), PORVENIR S.A. contestó la demanda el 14 de octubre de 2020 a través de mandatario judicial (carpeta 01, doc. 04), oponiéndose a las pretensiones formuladas, sosteniendo que la afiliación realizada por la parte demandante en el año 2003 a través de HORIZONTE, fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada; a la vez de proponer como excepciones de mérito las que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

1.2. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida el 06 de junio de 2022 por el JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN (carp.01, doc. 14 y 15), oportunidad en la cual el cognoscente de instancia declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, ordenó a PROTECCIÓN S.A., trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, a COLPENSIONES los descuentos que efectuó a las cotizaciones del demandante destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas de seguro previsional y reaseguros, debidamente indexados; mientras que PORVENIR S.A. deberá trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, todos los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo las cotizaciones completas y bono pensional si a ello hubiere lugar, con los rendimientos financieros que se hubiesen generado y con cargo a sus propios recursos, los conceptos de gastos de administración, fondo de garantía de pensión mínima, valor de las primas de seguro previsional y reaseguros, elementos que deben ser trasladados a Colpensiones de manera indexada a la fecha de entrega al RPM, al tiempo que ordenó a COLPENSIONES recibir tales valores y tenerlos como semanas válidamente cotizadas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

1.3 APELACIÓN

Decisión que fue recurrida oportunamente en apelación por el apoderado judicial de COLPENSIONES, en cuyo sustento indicó que el demandante tenía voluntad de permanecer el en RAIS, sin haber realizado solicitud de traslado dentro del término oportuno, no siendo el actor afiliado lego; del mismo modo, solicita la adición de la sentencia con miras a ordenar la equivalencia de lo trasladado con lo que se hubiera generado dentro del régimen de prima media.

Así mismo, la apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A., impetró recurso de alzada en orden a solicitar la revocatoria parcial de la sentencia en cuanto a la orden de devolver las cuotas de administración y los seguros previsionales, con el argumento de que realizó una adecuada administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, y así, constituyendo su devolución un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, a más de considerar que la entidad tiene derecho a conservar las cuotas de administración, máxime si tales recursos no son objeto de devolución en los eventos de traslados de régimen.

Así mismo, el apoderado judicial de PORVENIR S.A., presentó recurso de apelación en orden a solicitar se revoque íntegramente la sentencia, en tanto cumplió con la carga de brindar suficiente información al afiliado, que no fueron quienes realizaron el traslado de régimen, pues solo efectuaron una afiliación entre administradoras del mismo régimen y solicita se tenga en cuenta que la motivación del demandante no es haber recibido una indebida información, sino la diferencia entre las mesada pensionales, solicitado por demás tener en cuenta los actos de relacionamiento analizados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

De otra parte, la apoderada judicial de la activa no ejerció el derecho de recurrir la sentencia de instancia, manifestando conformidad con la misma.

1.4. CONSULTA

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

1.5. ALEGATOS CONCLUSIVOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

En el trámite de segunda instancia, la apoderada judicial de COLPENSIONES, presentó alegatos de conclusión en los cuales solicita se modifique y revoque la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia de la afiliación y traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, aduciendo que se ha creado una situación desventajosa para las AFP y que favorece a los afiliados, quienes se encuentran en mejores condiciones de probar las condiciones de tiempo modo y lugar en las que se dio el traslado de régimen pensional, precisando que debe atenderse primordialmente al principio de sostenibilidad financiera.

En igual oportunidad, el apoderado judicial de PORVENIR S.A., presentó sus alegatos conclusivos, en los cuales solicita se revoque la sentencia de primera instancia y consecuentemente se le absuelva de los pedimentos realizados por el demandante, ya que durante el proceso no se acreditó ningún vicio del consentimiento al momento de suscribir el cambio de régimen del demandante, deviniendo que el acto jurídico resulte eficaz, puesto que se suscribió por el actor de forma libre y voluntaria en el año 1997, solicitando por demás que de considerarse que el acto jurídico no fue válido, se tenga en cuenta que el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993 no contempla para efectos del cambio de régimen, cuáles son los conceptos que deben trasladarse, estando excluidas de los mismos las cuotas de administración y los seguros previsionales, razón por la cual solicita se revoque la sentencia en dicho aspecto.

Por su parte, el poderhabiente del actor, presentó alegatos de conclusión, deprecando se confirme la sentencia de primera instancia en tanto las AFP no demostraron haber cumplido con el deber de información, según la jurisprudencia vigente que regula la materia.

Finalmente, PROTECCIÓN S.A., dejó fenecer el término del traslado sin presentar alegaciones de conclusión.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

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

2.1. PROBLEMA JURÍDICO:

El *thema decidendi* en la presente litis se centra en definir: ¿Si operó la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional efectuado por el 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 que devienen de la ineficacia del traslado de régimen pensional?

2.2 SENTIDO DEL FALLO -TESIS DE LA SALA-

El sentido del fallo de esta Corporación será **confirmatorio** en cuanto a la declaración de ineficacia de la afiliación al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado a través de la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A, siguiendo la tesis de que no se brindó la asesoría integral y cualificada que pregona el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y en lo atañedor a las consecuencias jurídicas que conlleva la devolución de las cotizaciones, esto es, que se debe incluir el traslado de las sumas descontadas para el fondo de garantía de pensión mínima, cubrir las sumas adicionales de la aseguradora y los gastos o comisiones de administración, sumas que se reintegrarán debidamente indexadas, tal y como fueron ordenados por la a quo.

2.2.1 Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS

En lo que interesa a la Litis, no es objeto de discusión los siguientes hechos: que el demandante no es beneficiario del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados, pues no registra cotizaciones antes del 01 de abril de 1994 (carpeta 01, doc. 01, págs. 20 a 21) ni por edad (carpeta 01, doc. 01, pág. 14); que PEDRO NEL OSPINA RESTREPO se afilió el **16 de diciembre de 1997** a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., (carpeta 01, doc. 01, pág. 40), se trasladó el **09 de septiembre de 2003** a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. (carpeta 01, doc. 04, pág. 65 a 66), que presentó situación de multifiliación entre COLPENSINES y HORIZONTE en el año 2002, dirimiéndose su situación con la validación de la afiliación a HORIZONTE por ser la entidad en la que el mayor número de semanas tenía (carp.01, doc. 04, pág. 75), y que impetró ante COLPENSIONES el traslado de régimen pensional el 08 de febrero de 2019, solicitud que le fue negada en esa misma data (carpeta 01, doc. 01, pág. 15 a 19).

Para resolver de fondo la Litis, sea lo primero señalar que este juzgador plural viene acogiendo el criterio jurisprudencial sostenido antaño por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y desarrollado desde el año 2008 con la sentencia de radicación n.º 31989 del 9 de septiembre de 2008 hasta la sentencia SL1498-2022, línea jurisprudencial en la que se cimienta el precedente judicial por seguir, de donde se desprende que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber ineludible desde su creación; que el formulario de afiliación no es suficiente para probar el cumplimiento de tal deber, requiriéndose la prueba del consentimiento informado; que la carga de la prueba le corresponde a las AFP, por virtud de su inversión a favor del afiliado como parte débil de la relación jurídica contractual, y que el alcance de la jurisprudencia laboral citada, permite aplicarla a todos los eventos de traslado de régimen pensional, sin importar que el derecho esté consolidado, sea beneficiario del régimen de transición, o esté próximo o no a

pensionarse, precedente jurisprudencial replicado más recientemente en la sentencia SL1126-2022.

En esa misma dirección, preciso es ponderar por la Sala que para la fecha del traslado de régimen pensional el 27 de febrero de 1997, la AFP accionada tenía la obligación de brindar información detallada en cumplimiento de lo normado en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, y 97 numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, lo que a juicio de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1217-2021, consiste en: *"ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas. (...) suministrar (...) una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. (...) proporcionar (...) una ilustración acerca de las condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, lo que incluye la existencia de una transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales."*

Conforme los anteriores basamentos legales y jurisprudenciales, tenemos que, en lo concerniente a la afiliación y traslado de régimen pensional, se allegó el correspondiente formulario de afiliación (carpeta 01, doc. 01, pág. 40); empero tal probanza no refleja que de manera documentada se haya presentado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP privada cumpliera con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, en tanto no basta con referir las características de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron explicitadas de manera previa, o cuando menos, al momento de efectuarse la afiliación y traslado del régimen pensional.

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

que mejor se acompañase con sus expectativas pensionales y la densidad cotizacional alcanzada en toda su vida laboral.

Ahora, si bien el litigioso por activa de la relación procesal, en el interrogatorio (min. 26:28, doc. 15) indicó que es médico gineco-ostetra, que cuando hizo el Rural lo afiliaron a Colpensiones, que en 1999 en la oficina de Recursos Humanos del Hospital Antonio Roldán, lo afiliaron al fondo privado, pero no le hicieron ninguna asesoría, ni le informaron las ventajas de uno y otro régimen, que leyó el formato de afiliación, pero no tenía ninguna información relevante respecto de los fondos privados, que nunca buscó información en el Instituto de Seguros Sociales, porque siempre les dijeron que esta entidad se iba a terminar, que su principal motivación para buscar el traslado a COLPENSIONES es que le preocupa su situación pensional, que no fue obligado a suscribir el formulario de afiliación; manifestaciones estas que no son suficientes para tener por configurada una confesión que conduzca a predicar que el fondo privado cumplió con su deber de brindar una adecuada y holística información.

Recapitulando, vale destacar que la AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad que llevó a cabo la afiliación inicial, no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el funcionario asesor que atendió al litigioso por activa cumpliera con su deber legal de suministrar información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, quebrantándose así lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, de donde se sigue que, la falta de soporte documental o de la existencia de un archivo de la historia laboral de que trata el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, permite inferir que el traslado de régimen pensional no se ciñó a los parámetros legales y jurisprudenciales, sin que resulten suficientes las manifestaciones generalizadas hechas por la parte actora en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las referidas a que el afiliada no haya realizado indagaciones por su cuenta de su situación pensional, en tanto el deber de brindar tal información corresponde por ministerio de la ley exclusivamente a la AFP aseguradora.

En lo concerniente a la re-asesoría previa al cumplimiento de los 52 años de edad, si bien no existe soporte acreditativo de que se le hubiera efectuado al demandante, esta Sala ha sido del criterio de que la misma no convalida la actuación viciada de traslado, y mucho menos lo convalida el traslado entre administradoras de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, impidiéndosele elegir libre, voluntaria y debidamente informada el régimen que le resultará más conveniente, sin que con ello se quiera decir que una re-asesoría o un traslado dentro del mismo régimen, tenga la virtualidad de subsanar o convalidar las notorias falencias de información al momento del traslado de régimen pensional. A este respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tuvo la oportunidad de pronunciarse en los siguientes términos: *“la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el*

incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones: (...) porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información" (SL1688 de 2019).

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

Así las cosas, la Sala habrá de impartir confirmación a la decisión de instancia en este aspecto, por cuanto con acierto declaró la ineficacia de la afiliación y consiguiente retorno automático al RPMPD.

2.2.2. Traslado de las cotizaciones.

Sobre esta materia, es preciso señalar que tal devolución debe ceñirse a los términos del artículo 1746 del Código Civil, en consonancia a lo pregonado por la jurisprudencia laboral del máximo tribunal de esta jurisdicción, como en las sentencias con radicados n.º 31898 de 2008, SL4989-2018 y SL1429-2019, dado que COLPENSIONES tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que el hecho de que este ente de seguridad social sea un tercero en el acto jurídico de traslado, lo imposibilite para recibir los aportes realizados, por la simple y llana razón de que es quien administra el régimen de prima media con prestación definida, a donde se encontraba 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 SL3202-2021, en la que se recapitulan las implicaciones y consecuencias de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, de la cual se trasuntan los apartes pertinentes:

"i) que ésta involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los 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 la promotora del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones."

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

Conforme a lo dicho, esta Sala considera que hay lugar al traslado de todas las cotizaciones y sus rendimientos a COLPENSIONES, a propósito de que engrosen el fondo común de naturaleza pública, según las previsiones contenidas en el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, de suerte que, se garantice no solo la sostenibilidad financiera del sistema, sino también la plena realización del principio de solidaridad de que trata el artículo 2 *ibídem*. Por demás, no hay lugar a reconocer restituciones mutuas, pues como se predica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia atrás referenciada, se deben devolver todos los rubros descontados de las cotizaciones, y si bien no pasa por alto esta Sala la existencia de un pronunciamiento de la Superintendencia Financiera en contrario, es preciso indicar que el mismo se refiere a los traslados a instancia del afiliado y no merced a la declaratoria de ineficacia del traslado de

régimen pensional, y que en últimas, tal acto no es de obligatorio acatamiento para los operadores judiciales, pues además, la Sala se aviene a la línea jurisprudencial que en derredor del tema ha venido desarrollando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como quedó dicho *in extenso* en líneas anteriores.

En lo concerniente con la indexación de las partidas descontadas sujetas a traslado, cumple señalar que esta Sala modula su postura, en cuanto aún en el evento de que no sea objeto de impetración con la demanda, ni fuera materia de excepción de fondo a las pretensiones incoadas por parte de COLPENSIONES, vale decir, materia de debate en el presente proceso, debe procederse a su reconocimiento oficioso, en tanto que ello no se traduce en una condena *per se*, sino solo connota el reconocimiento de los efectos de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda por el paso del tiempo de las sumas descontadas de las cotizaciones por los rubros atrás descritos, prohijándose el criterio jurisprudencial expuesto en la reciente sentencia SL-950 del 2 de marzo de 2022 emitida por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

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

Ello así, habrá de confirmarse la decisión del *a quo* en tanto ordenó la devolución de todos los aportes obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con todos los rubros deducidos de las cotizaciones realizadas a las AFP convidadas al juicio con su respectiva indexación, por el tiempo que el actor estuvo afiliado a cada una de ellas.

2.2.3 Excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, se memora que *"a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria"* (SL1465-2021),

amén de que la Sala ha sido del iterativo criterio que en esta clase de procesos, las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia determinan que sea un imperativo el traslado de las aportaciones de manera íntegra, y al tratarse de un asunto íntimamente ligado con la materialización del derecho a la pensión de vejez, de naturaleza imprescriptible, unívoco tratamiento ha de reconocérsele, como así lo decantó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL361, radicación 63615 del 13 de febrero de 2019.

Como corolario de lo expuesto, se itera, habrá de impartirse confirmación a la sentencia de primer grado, en cuanto con acierto declaró la ineficacia de la afiliación al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad verificado el 16 de diciembre de 1997 a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., cuyos efectos impactan el subsiguiente traslado a la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., el 09 de septiembre de 2003, como también el reconocimiento de las consecuencias jurídicas atrás descritas, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales atrás esbozados.

3. COSTAS

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

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

4. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia materia de apelación y consulta proferida el 06 de junio de 2022 por el JUZGADO DECIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, según y conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las AFP PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. fijándose como agencias en derecho, en favor de PEDRO NEL OSPINA RESTREPO, la suma de \$1.000.000, correspondiente a un (1) SMMLV, que deberán asumir cada uno de los fondos privados. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E.

Lo resuelto se notifica mediante **EDICTO**, acogiénndose 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 ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada


JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES
Magistrado


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