

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	GABRIEL ALBERTO DUQUE GUINARD
DEMANDADOS	COLPENSIONES- PROTECCION- COLFONDOS PORVENIR
RADICADO	05001-31-05-001-2020-0249-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Adiciona

Medellín, catorce (14) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, MARIA NANCY GARCIA GARCIA y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto por el 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 surtido el traslado correspondiente, procede a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por el señor **GABRIEL ALBERTO DUQUE GUINARD** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y las **AFP PROTECCION S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 006**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir los recursos de apelación interpuestos por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A. y el apoderado judicial de COLPENSIONES, contra la sentencia que profirió el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 02 de noviembre de 2022; y a su vez conocer dicha sentencia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que el demandante, nació el 26 de junio de 1954, y se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1971, posteriormente, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCION S.A., en el año 1995, luego se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A., en el año 1997, y seguidamente se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., en el año 2008, entidad en donde permanece actualmente.

Se duele que el asesor ejecutivo del RAIS no le brindó la información suficiente para haber tomado la decisión pertinente con la información determinante y ajustada a su situación concreta; y que, al contrario, le ocultaron información relevante al momento de ser atendido para afiliarse al RAIS, por lo que considera que su decisión se encuentra viciada y afectada en su validez, por ausencia del conocimiento sobre las consecuencias jurídicas de su afiliación a dicha administradora.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por las administradoras del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a las AFP demandadas, trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por el actor, debiendo ordenar a esta última entidad recibir dichas sumas, aceptar al demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral, y condenando a las demandadas a reconocerle las costas procesales del juicio.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las demandadas a descorrer el traslado de esta acción.

COLPENSIONES, a través de la contestación allegada (PDF 14 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, aceptó la edad del demandante y la vinculación al régimen de prima media y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *"INEXISTENCIA DE NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, IMPROCEDENCIA DE LA AFILIACIÓN, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE 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, AUSENCIA DE REQUISITOS PARA TRASLADARSE DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA, DEVOLUCIÓN DE APORTES*

DEBIDAMENTE INDEXADOS, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN DEBIDAMENTE INDEXADAS, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, BUENA FE DE COLPENSIONES, EXCEPCIÓN INNOMINADA”

PROTECCION S.A. también describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 12 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de mérito que denominó:

“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR: “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, TRASLADO DE APORTES A COLFONDOS S.A., APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LAS CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, INNOMINADA O GENÉRICA”

COLFONDOS S.A., La entidad no contestó la demanda, pese a que se surtió su notificación. (PDF 15), por medio de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, BUENA FE, INNOMINADA o GENÉRICA, AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO, VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS S.A, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, COMPENSACIÓN Y PAGO”*

PORVENIR S.A. hizo lo propio y describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 13 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de fondo que denominó *“PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACION- EXCEPCION GENERICA”*

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 02 de noviembre de 2022, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que solicitara el accionante GABRIEL ALBERTO DUQUE GUINARD, el día 23 de octubre de 1995, a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., por falta al deber de información, quedando igualmente ineficaces los posteriores traslados entre administradoras a la AFP COLFONDOS S.A., y la AFP PORVENIR S.A.

A COLPENSIONES le ordenó, tener al demandante válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y homologar las semanas cotizadas por éste al RAIS, previo el recibo del correspondiente saldo de la cuenta de ahorro individual.

Por su parte le ordenó a la **AFP PORVENIR S.A.**, trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual del demandante a COLPENSIONES

incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y seguros previsionales realizados por HORIZONTE y PORVENIR, los cuales deberán ser indexados desde la fecha en que se descontaron.

Igualmente le ordenó a las **AFP COLFONDOS S.A.**, y **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a COLPENSIONES los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales tanto por Colfondos como por Colmena, indexados desde la fecha en que se descontaron.

Condenó en costas procesales a la AFP PROTECCION y a la AFP COLFONDOS y se abstuvo de imponer condena a cargo de la AFP PORVENIR y de COLPENSIONES.

La A quo para declarar la ineficacia, desarrolló toda la tesis jurisprudencial que en la actualidad sostiene la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, sobre la inversión de la carga de la prueba, la insuficiencia del formulario para acreditar asesoría, la relevancia de la oportunidad en que se reciba la asesoría, la imposibilidad de que la ineficacia se sanee por prescripción o por traslados en el mismo régimen de ahorro individual con solidaridad, por el derecho a la libre selección de régimen pensional.

VI. – RECURSOS DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La sentencia de primera instancia fue apelada por el apoderado de la AFP PORVENIR S.A. y por el apoderado judicial de COLPENSIONES.

Apelación de PORVENIR S.A: El apoderado judicial de la AFP, cuestionó de manera parcial la sentencia de primera instancia, manifestando que, si bien existe un precedente del órgano de cierre como el citado por la A quo, este no se debe aplicar de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias del caso en concreto, específicamente frente a la indexación.

Expresó el recurrente que tanto el Tribunal del Distrito de Cali en el proceso 2021- 489, y el Tribunal del Distrito de Cundinamarca en el proceso 2021 – 111, han concluido que no hay lugar a la imposición de devolución de saldos con indexación, toda vez que, con el traslado de los rendimientos, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haber generado los emolumentos a retornar.

Con base en lo anterior, solicitó que se revoque la condena de indexación impuesta en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia.

Apelación de COLPENSIONES: El apoderado judicial de Colpensiones pidió que se adicione el fallo de primera instancia, pues si bien la juez ordenó a la AFP Porvenir devolver a Colpensiones, el saldo de la cuenta de ahorro individual del demandante, y ordenó a las tres administradoras, devolver los gastos de administración, los aportes de fondo de garantía de pensión mínima y los seguros previsionales; no se incluyó la suma de los seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguro fogafín, los frutos e intereses, los aportes al fondo de solidaridad pensional, y el bono pensional, todos estos conceptos, debidamente indexado; causados desde el momento en que el demandante estuvo afiliado a las administradoras del RAIS, para que con ello se evite causar cualquier tipo de detrimento a Colpensiones.

Agregó además que es necesario que se adicione la sentencia, en el sentido de ordenar a las administradoras, devolver todos los conceptos plenamente discriminados.

Alegatos de Conclusión:

El apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., presentó escrito de alegatos de conclusión mediante el cual solicitó que se revoque íntegramente la sentencia, argumentando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado.

También señaló que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el párrafo del art. 54A del CPT, que contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es, que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, y que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Aseguró que la AFP PORVENIR S.A, siempre garantizó el derecho de retracto, al accionante, conducta que según el recurrente se prueba con la publicación que realizó la AFP en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004,

conforme a lo dispuesto inicialmente en el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, sin que el actor ejerciera dicha facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

Pidió que en el hipotético caso de considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes, no tuvo validez, solo se ordene trasladar los conceptos a que se refiere el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993.

COLPENSIONES, por su parte, pidió en su escrito de alegaciones, no acoger la sentencia proferida por la A quo, bajo la consideración que el demandante está inmerso en la prohibición de traslado de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que señala: “(...) *Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez (...)*”.

De otra parte, reiteró nuevamente el apoderado judicial, su petitum de adicionar la sentencia, ordenando a las administradoras de pensiones, retornar a Colpensiones las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguro de Fogafín, los frutos e intereses y los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional.

Finalmente imploró el togado que, de no acoger las súplicas, no se imponga condena en costas a Colpensiones toda vez que, de encontrarse posible desmedro en las expectativas pensionales del actor, no ha sido Colpensiones la causante de tales, por ello, adujo que, la Ineficacia declarada, debe estar acompañada de la orden de devolución de los conceptos mencionados en el recurso de apelación.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, se pasa a resolver de fondo, previas las siguientes

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica procesal, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Naturaleza jurídica de la pretensión. - La Ineficacia en el traslado de régimen pensional. -

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., y el apoderado de COLPENSIONES, en sus recursos de apelación; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a Colpensiones relacionada con la declarada ineficacia de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad y la aceptación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida que administra, en virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Partirá la Sala en establecer si la afiliación que hizo el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de las AFP demandadas, alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y la afiliación o traslado entre regímenes que en tal virtud se efectúe, tiene como presupuesto esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar del cambio de régimen pensional, el cual ha de venir suministrado y garantizado por el agente adscrito al respectivo fondo, esto es, es de la propia esencia del acto de afiliación o traslado, el suministro cabal y absoluto de toda la información, incluyendo el asesoramiento sobre todas las implicaciones pensionales y consecuencias que para el caso concreto pueden darse, ya que se trata de una decisión relevante de la cual depende el futuro pensional del asegurado.

Esto lleva a la Sala a advertir que las obligaciones de asesoría no fueron creadas por el Legislador a través de recientes normas, sino que desde la propia concepción dualista de dos regímenes pensionales a través de la Ley 100 de 1993, se establecieron como de su propia esencia.

Así, la asesoría a cargo de la administradora, se erige en una obligación insoslayable, teniendo en cuenta la trascendencia e importancia de los efectos económicos que puede representar una decisión de tal naturaleza.

En términos generales, es preciso referir que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido desarrollando la tesis sobre la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, y a través de las sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019,

ha consolidado su línea jurisprudencial, la cual venía desarrollándose –en su orden- a través de las Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017, decantando que el deber de información es ineludible; que este tema a nivel procesal se rige por condiciones probatorias que le imponen a la respectiva administradora de pensiones acreditar en el juicio que en cada caso concreto sí adelantó la respectiva asesoría; que el primer acto de voluntad es el que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los asegurados, después de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentra ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.

Es importante destacar que, el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en la afiliación o traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se le brinden al asegurado, después de haber tomado la decisión inicial, o por el hecho de que el asegurado se haya trasladado incluso entre varias administradoras pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que *“la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, por lo que un dato será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad”* (Sentencia CSJ SL 1688 de mayo de 2019).

A partir de lo anterior, pasa a desatarse la alzada conforme al...

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente digital, se constata que el señor GABRIEL ALBERTO DUQUE GUINARD, se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales en el año 1971 (PDF 14 folio 45), posteriormente, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCION S.A., en el año 1995 (PDF 12 folio 36), luego se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A., en el año 1997 (PDF 1 folio 56), y

seguidamente se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. en el año 2008 (PDF 13 folio 92), entidad en donde permanece actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones de la A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación pensional del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, esta Sala encuentra que las mismas se encuentran ajustadas al sentido de la jurisprudencia nacional, y consultan las particularidades del caso, teniendo en cuenta que las AFP convocadas a juicio (PROTECCION S.A.- COLFONDOS S.A.- PORVENIR S.A.) no alcanzaron a probar haberle brindado asesoría al actor con suficiencia en su proceso de afiliación, en el momento en que lo atendieron.

Como lo ha decantado pacíficamente la jurisprudencia del órgano de cierre (Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017), es claro que la firma del formulario de afiliación no es una prueba certera de que hubiere existido un verdadero cumplimiento por parte de los fondos privados. La simple firma del formulario por parte del asegurado no puede tenerse como una prueba de que se le haya informado a cabalidad de todos los pormenores que le implicaban ingresar a un nuevo régimen pensional distinto al de prima media con prestación definida al que ya había pertenecido, y por ello el acto jurídico terminó afectado en su eficacia.

Es importante destacar que el derecho a la libre elección de régimen pensional contenido en la Ley 100 de 1993 en el marco del derecho a la seguridad social no riñe con las disposiciones legales que contemplan la exigencia del formulario, debiéndose entender que, más allá de la documentación formal, existe un sustrato material directamente relacionado con los derechos fundamentales que exige que el asegurado tenga una completa asesoría en su proceso de afiliación o traslado de régimen pensional, la cual coloca a la respectiva administradora en el pleno del cumplimiento de sus obligaciones profesionales en ese sentido, bajo la dinámica del *“buen consejo”*.

Ahora, la Ley 100 de 1993 como norma especial que regula la situación, comprende las exigencias y condiciones de validez de las afiliaciones a las administradoras del régimen privado.

Por lo demás, es preciso indicar que las obligaciones de asesoría y acompañamiento siempre han existido desde que se crearon los dos regímenes

pensionales en la Ley 100 de 1993, sin que pueda decirse que se estén haciendo retroactivas obligaciones que solo se hayan impuesto en recientes normas jurídicas.

Llamó la atención de este Colegiado, el apoderado judicial de COLPENSIONES, al momento de presentar su escrito de alegatos de conclusión en sede de segunda instancia, argumentando que el asegurado se encuentra inmerso en la prohibición de retorno establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, sin embargo, dicho planteamiento no es aplicable a casos de ineficacia, ya que esa restricción opera en casos de libre elección de régimen pensional, más no en situaciones en las que se advierte que el acto de afiliación o traslado no produjo ningún efecto, al ser ineficaz por ausencia de información.

Así las cosas, resulta claro que, al ser ineficaz el acto de afiliación del demandante al RAIS, el actor queda en posibilidad de libre elección de ingreso al régimen pensional que más convenga a sus condiciones particulares, posibilidad que no se ve truncada al faltarle menos de 10 años para la edad pensional, ya que debe retrotraerse la voluntad y el consentimiento válido, esto es, motivado en un verdadero conocimiento del régimen pensional, para que pueda escogerse en condiciones de eficacia el régimen pensional que más convenga y opte el asegurado. Para el caso concreto, no es otro que el régimen de prima media con prestación definida, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

En consideración a lo expuesto, para este Colegiado, la ineficacia en la afiliación al RAIS del demandante, se configura, a raíz de la afiliación ausente de información por parte de las AFP demandadas, quienes tampoco acreditaron en los términos que determina el artículo 167 del C.G.P, haberle brindado al actor un acompañamiento suficiente en su proceso de afiliación.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado del señor **GABRIEL ALBERTO DUQUE GUINARD**, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Bajo el anterior escenario, la situación pensional del demandante, retorna al mismo estado en que se encontraba antes de suscribir el acto ineficaz de afiliación a las AFP demandadas, esto es, se encuentra válidamente afiliado al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, administrado en la actualidad por COLPENSIONES.

El tema de las devoluciones económicas es pertinente revisarlo en virtud del recurso de apelación y por la competencia en Grado Jurisdiccional de Consulta de que dispone este colegiado, que impone la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera de la entidad pública codemandada que será quien asuma las futuras prestaciones económicas de la seguridad social que deban pagársele al demandante.

Los efectos de la ineficacia de la afiliación se traducen en el hecho de que las cosas deban retornar al estado anterior, resultando intrascendente que el actor haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa de PROTECCION S.A.- COLFONDOS S.A. o PORVENIR S.A., en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización, ya que los referidos descuentos también existen en el régimen de prima media con prestación definida, y no deben ser realizados por PROTECCION S.A.- COLFONDOS S.A. o PORVENIR S.A., sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliado el actor.

Al respecto, resulta oportuno citar el reciente criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien, en sentencia del 29 de julio de 2020, SL 2877, Radicación 78.667, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, ha recordado que *“la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS 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...”*.

Ahora bien, el apoderado de COLPENSIONES en su recurso de alzada, pidió que se adicione la sentencia censurada, para que se ordene a las AFP demandadas, devolver a Colpensiones, los seguros de invalidez y sobrevivencia, la prima de reaseguro fogafín, los frutos e intereses, los aportes al fondo de solidaridad pensional, y el bono pensional, todos estos conceptos, debidamente indexado; para que con ello se evite causar cualquier tipo de detrimento a Colpensiones.

En el **numeral tercero y cuarto** de la parte resolutive de la sentencia, la A quo ordenó:

“TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual del demandante a COLPENSIONES incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración y **seguros previsionales** realizados por HORIZONTE y PORVENIR, los cuales deberán ser indexados desde la fecha en que se descontaron.

CUARTO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., y PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, cuotas de administración, y seguros previsionales tanto por Colfondos como por Colmena, indexados desde la fecha en que se descontaron.” (negrilla fuera de texto)

En lo que atañe a los seguros de invalidez y sobrevivencia y la prima de reaseguro de fogafin, dichos conceptos ya fueron ordenados por la A quo, en la orden emitida de devolver los “seguros previsionales”, pues estos ítems se encuentran incluidos dentro del descuento del 3% del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 cuya devolución se ordenó, por lo que no es necesario hacer la adición que se solicita.

Así mismo tampoco es dable adicionar la sentencia como lo solicita el apoderado de Colpensiones incluyendo el porcentaje descontado para el fondo de solidaridad pensional, ya que este es un descuento que se hace tanto en el régimen de prima media como en el RAIS a quienes devenguen más de 4 SMLMV, conforme al artículo 27 de la Ley 100 de 1993 y va destinado al Fondo de Solidaridad Pensional, que es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo.¹, amén que tampoco se constituye para la garantía de las pensiones de los asegurados.

Singularmente en cuanto a los frutos e intereses, los mismos hacen parte de los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual del demandante, y en lo que concierne al bono pensional, no se tiene acreditado que los mismo se hubiesen redimido.

En torno a las implicaciones prácticas de la ineficacia, punto de cuestionamiento por el apoderado de COLPENSIONES, se precisa que ha sido pacífica la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al determinar de manera diáfana, los conceptos que se deben retornar a Colpensiones:

*“la citada 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 a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021). (subraya y negrilla a propósito)*

En consideración a lo expuesto y teniendo en cuenta que en efecto la sentencia de primera instancia ordena a las AFP demandadas PROTECCION S.A.- COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., trasladar a Colpensiones, todos los

¹ El Fondo de Solidaridad Pensional se configura con aportes adicionales de los afiliados al sistema general de pensiones, indistintamente del régimen al que se encuentren vinculados, según se establece en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 (modificado por artículo 7 ley 797 de 2003)

conceptos a que se refiere el órgano de cierre, para esta sala, no es plausible acoger la solicitud invocada por el apoderado judicial de COLPENSIONES.

Por otra parte, y respecto al disenso del apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., en el que solicita que se revoque la orden de indexación, por cuanto, a su juicio con el traslado de los rendimientos financieros, se compensa con la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haber generado los emolumentos a retornar; delantamente esta sala advierte que no es procedente.

En lo relativo a los rendimientos debe de indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo dispone el artículo 63 de la ley 100 de 1993, rendimientos que de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que generarse, integrándose allí al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

En lo concernientes a los rendimientos financieros ha dicho la CSJ:

*“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a **Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones 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 (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)». (negrilla fuera de texto)*

Y en relación a la indexación, este colegiado acoge la medida de actualización monetaria reiterada recientemente por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021.

Así las cosas, no cabe dudas, que las implicaciones de la ineficacia, llevan consigo ordenar retornar tanto los rendimientos, como la indexación, tal y como se dispuso en reciente sentencia de la CSJ SL 584 de 2022:

*“Segundo: Condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los saldos existentes en la cuenta individual de la demandante, **junto con sus rendimientos financieros**.*

*Tercero: Condenar a Protección S.A. y a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora permaneció como su afiliada en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden,*

los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En último lugar, advierte la sala que en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia se ordenó PORVENIR trasladar A Colpensiones el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual del demandante, sin especificar que se debe incluir los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual por lo que se adicionará en este sentido dicho numeral; así mismo, se adicionarán los numerales tercero y cuarto de la sentencia de primer grado para efectos de ordenar a las **AFP PROTECCION S.A.- COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**, remitan a **COLPENSIONES**, al momento de cumplirse la orden impartida, la relación discriminada de los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, tal y como lo solicitó el apoderado de COLPENSIONES, en su recurso de alzada.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de la **AFP PORVENIR S.A.**, teniendo en cuenta la desventura de su recurso de alzada. Las mismas serán en favor del señor **GABRIEL ALBERTO DUQUE GUINARD**; las **agencias** en derecho se fijan en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023.

VIII. - DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **tercero** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.**, trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo dispuesto, los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del demandante, por lo indicado en la parte motiva.

ADICIONAR los numerales **tercero y cuarto** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de **ORDENAR** que las **AFP**

PROTECCION S.A.- COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., remitan a **COLPENSIONES**, al momento de cumplirse la orden impartida, la relación discriminada de los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR dicha sentencia en todo lo demás, de conformidad a lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a la **AFP PORVENIR S.A.** Agencias en derecho: Un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023, en favor del señor **GABRIEL ALBERTO DUQUE GUINARD**, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: En su oportunidad procesal, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

QUINTO: SE ORDENA la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA