



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MIRIAM LUCÍA QUICENO ARIAS
Demandados: COLPENSIONES y OTROS
Procedencia: JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA n.º 0025
Radicado n.º: 05001-31-05-016-2021-00395-01 (O2-22-439)

En Medellín, a los seis (06) días del mes de marzo de dos mil veintitrés (2023), en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022 y en consonancia con el artículo 10 del Acuerdo PCSJA20-11567 del Consejo Superior de la Judicatura, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados **CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES**, **SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE** y **VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**, quien actúa como magistrado sustanciador, procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada, dentro del proceso ordinario instaurado por **MIRIAM LUCÍA QUICENO ARIAS** en contra de **COLPENSIONES**, **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, con radicado n.º 05001-31-05-016-2021-00395-01 (O2-22-439).

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

1. ANTECEDENTES

Mediante vocera judicial, la litigiosa por activa **MIRIAM LUCÍA QUICENO ARIAS** pretende que la ineficacia del traslado de régimen pensional, la reactivación de la afiliación a COLPENSIONES sin solución de continuidad, con el traslado de los aportes en pensiones realizados, cotizaciones, bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, los gastos de administración, las primas de reaseguro del Fogafin, las primas de seguro de invalidez y sobrevivientes, y sumas adicionales del asegurado, con los rendimientos que se hubieran causado, así como el reconocimiento y pago de las costas del proceso, con sustento fáctico en que nació el 4 de octubre de 1996, y desde el 2 de

noviembre de 1987 se afilió al ISS para los seguros de IVM, hasta que se trasladó de régimen pensional el 10 de julio de 1995 a la AFP HORIZONTE, hoy PROTECCIÓN S.A., luego de lo cual se afilió a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 23 de diciembre de 1998; y que al momento del traslado de régimen pensional no contó con un diagnóstico de su caso pensional en el que se tuviera en cuenta su situación laboral específica, ni con información cierta, suficiente, clara y oportuna sobre las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, y que solicitó la declaratoria de ineficacia y el traslado de régimen a COLPENSIONES, pedimentos que fueron denegados por comunicados del 3 y el 13 de marzo de 2021.

1.1 TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín mediante auto del 25 de octubre de 2021 (doc. 05), con el cual ordenó su notificación y traslado a la parte accionada.

El extremo pasivo de la relación procesal COLPENSIONES, una vez notificado (doc. 06) contestó la demanda el 3 de marzo de 2022 a través de apoderada judicial (doc. 09), actuación en las que se opuso a las pretensiones formuladas por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos. En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó: imposibilidad jurídica de declarar la ineficacia del traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, prescripción, buena fe, e imposibilidad de condena en costas.

Por su parte, luego de notificada (doc. 08), PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda a través de poderhabiente judicial (doc. 11), actuación con la cual se opuso a las pretensiones formuladas al considerar que la afiliación de la demandante es un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. De igual modo, propuso las excepciones de mérito que denominó: 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, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP por inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta da causa, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

A su turno, después de notificada (doc. 07), PORVENIR S.A. adunó contestación a la demanda por intermedio de gestora judicial (doc. 09), a través de la cual manifestó oponerse a las pretensiones de la demanda ya que la afiliación pensional de la demandante

al RAIS fue completamente válida, estando precedida por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, al igual de formular los medios enervantes exceptivos de mérito que rotuló: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

En desarrollo de la etapa de conciliación de la audiencia reglada en el artículo 77 del CPT y la SS (min. 14:00), el *a quo* decidió no tener al abogado JORGE ANDRÉS SÁNCHEZ RODRÍGUEZ como representante legal de PORVENIR S.A., quien solicitó actuar conjuntamente como apoderado judicial y representante legal de la AFP, decisión frente a la cual el apoderado judicial del ente privado interpuso el recurso de reposición y en subsidio apelación (min. 16:20), en cuyo sustento afirmó que es posible otorgar poder general o especial para que los apoderados representen a las sociedades en procesos judiciales, y que la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., apoderada judicial de PORVENIR S.A., le confirió poder a él para ejercer facultades de representante legal e incluso para absolver interrogatorio de parte como tal, reposición que fue denegada por el juzgador de instancia, al tiempo de denegar la apelación (min. 20:30), por lo que seguidamente el apoderado judicial de PORVENIR S.A. interpuso el recurso de reposición y en subsidio queja contra la decisión de no conceder la apelación (min. 25:10). Acto seguido, el *a quo* no repuso su decisión y concedió el recurso de queja en subsidio (min. 29:10), pero continuando con el trámite normal de la diligencia, dada la naturaleza de la decisión motivo de inconformidad.

1.2.- DECISIÓN DE PRIMER GRADO

El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida 4 de noviembre de 2022 (docs. 16, 17 y 18), con la que el cognoscente de instancia declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, ordenando a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por la afiliación de la demandante, incluyendo todas las cotizaciones, sumas adicionales, frutos e intereses, sin que pueda retener los gastos administrativos ni los aportes de solidaridad; y a COLPENSIONES, a recibir dichos conceptos y a tener a la demandada como su afiliada, a la vez de autorizar a COLPENSIONES a calcular la equivalencia de los dineros recibidos del RAIS, de forma que el retorno de la demandante no genere perjuicio alguno; a la vez de gravar en costas del proceso a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a favor de la demandante.

1.3. APELACIÓN

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A. apeló oportunamente, con sustento en que el cálculo de equivalencia autorizado a COLPENSIONES desconoce que la mayor parte del dinero obrante en la cuenta de ahorro individual corresponde a los rendimientos generados por la buena gestión de su representada.

1.4. CONSULTA

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

1.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Seguidamente, en el trámite de segunda instancia, la apoderada judicial de COLPENSIONES, presentó oportunamente alegatos de conclusión esgrimiendo que la buena gestión y administración de recursos de las AFP no las exime de la devolución de la totalidad de recursos que se hayan recibido en virtud de la afiliación declarada ineficaz, por lo que las AFP del RAIS deben devolver a Colpensiones todas las sumas recibidas por causa de la afiliación sin que pueda retener valores por ningún concepto.

A su turno, el poderhabiente judicial de PORVENIR S.A., alegó de conclusión en segunda instancia que deben operar las restituciones mutuas para hacer compatible el régimen y la sostenibilidad del sistema, según el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020 Radicación 2019152169-003-000.

Por último, la mandataria judicial de la parte actora, alegó de conclusión que de ninguna manera la permanencia de la demandante en PORVENIR S.A. o en PROTECCIÓN S.A. ratifican su pertenencia al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, ya que por el contrario, la misma se dio por la falta de información que vulneró la libertad informada de la actora, y por ende persiste el elemento esencial para que su traslado resulte ineficaz. En adición, aduce que al quedar debidamente demostrado que no se suministró una debida asesoría debe confirmarse la sentencia de primera instancia.

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 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 integralmente la decisión en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, para lo cual se plantea el estudio del siguiente:

2.1. PROBLEMA JURÍDICO:

El *thema decidendi* en la presente Litis se centra en definir: ¿si operó la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional efectuado por el extremo litigioso por activa a la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad convidada a juicio?, y de ser así ¿Cuáles son los efectos jurídicos que trae consigo la ineficacia del traslado?

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

El sentido del fallo de esta Corporación será **confirmatorio**, frente a la declaratoria de la ineficacia del traslado, siguiendo la tesis de que no se brindó la asesoría cualificada y detallada que pregonaba el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, **adicionándolo** en cuanto a contemplar la integralidad de todas las consecuencias jurídicas que conlleva la devolución de las cotizaciones integralmente, esto es, que el traslado debe comprender, además de lo descontado por comisiones de administración y por aportes al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, lo propio con las primas de seguros previsionales, descuentos que deberán devolverse de manera indexada, **revocándolo** en cuanto al cálculo de equivalencia ordenado y a cargo de COLPENSIONES, al tiempo que se declarará **desierto** el recurso de queja propuesto, de conformidad con los planteamientos que pasan a exponerse:

2.2.1 Ineficacia del traslado del RPM 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 administrado por el otrora ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 2 de septiembre de 1987 (doc. 09 pág. 467); que no es beneficiaria del régimen de transición ni por edad (doc. 02 pág. 17), ni por tiempo de servicios de cotización (doc. 09 pág. 467); que MIRIAM LUCÍA QUICENO ARIAS

se trasladó el **10 de julio de 1995** a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. (doc. 09 pág. 30), que el 23 de diciembre de 1998 se afilió a la AFP PROTECCIÓN S.A. (doc. 11 pág. 81) y que solicitó ante COLPENSIONES el regreso al RPM y la declaratoria de ineficacia de su traslado de régimen pensional, peticiones que fueron denegadas mediante comunicaciones del 3 de marzo de 2021 (doc. 02 pág. 72) y 13 de marzo de 2021 (doc. 02 pág. 73 y ss.).

Para resolver de fondo la Litis, sea lo primero señalar que este juzgador plural viene acogiendo el criterio jurisprudencial sostenido antaño por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y desarrollado desde el año 2008 con la sentencia de radicación n.º 31989 del 9 de septiembre de 2008 hasta la más reciente sentencia SL2229-2022, línea jurisprudencial en la que se haya el precedente judicial por seguir, de donde se desprende que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber ineludible desde su creación; que la suscripción del formulario de afiliación es insuficiente para probar el cumplimiento de tal deber, requiriéndose la prueba del consentimiento informado; que la carga de la prueba le corresponde a las AFP, por virtud de su inversión a favor de la afiliada como parte débil de la relación jurídica contractual, y que el alcance de la jurisprudencia laboral citada, permite aplicarla a todos los eventos de traslado de régimen pensional, sin importar que el derecho esté consolidado, sea beneficiaria del régimen de transición, o esté próxima o no a pensionarse.

En esa misma dirección, preciso es ponderar por la Sala que para la fecha del traslado de régimen pensional el 10 de julio de 1995, 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 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, lo que en palabras de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1217-2021, consiste en: *“ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas. (...) suministrar (...) una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. (...) proporcionar (...) una ilustración acerca de las condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, lo que incluye la existencia de una transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.”*

Conforme los anteriores basamentos legales y jurisprudenciales, tenemos que, en lo concerniente a la afiliación inicial, se allegó el correspondiente formulario de afiliación (doc. 09 pág. 30), el que no fue desconocido ni tachado por la parte actora; empero, tal probanza

no refleja que de manera documentada se haya presentado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP cumpliera con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, en tanto no basta explicar los beneficios de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron explicitadas previo, o cuando menos, al momento de efectuarse la afiliación y traslado del régimen pensional.

En este punto, estima pertinente la Sala anotar que si la AFP no cuenta con ningún soporte documental para la fecha del traslado de régimen, siendo que brindó la información únicamente de manera verbal, tal circunstancia deja entrever una clara contravención de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con allegar un formato pre-impreso de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que la Superintendencia Financiera de Colombia indica deben reunirse, sino que se requiere acreditar la efectiva asesoría integral brindada en la antesala del traslado de régimen, ilustrando al interesado sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, con la advertencia de que para optar por la pensión anticipada antes de la edad mínima debían efectuarse aportes voluntarios superiores a las deducciones de ley por cotizaciones; que para causar la pensión de vejez se debe contar con una suma dineraria mínima en la cuenta de ahorro individual; que la existencia de eventuales beneficiarios por sobrevivencia incrementan dicha suma mínima requerida, entre otras particularidades, en razón a que la asesoría no debe estar encaminada a persuadir al afiliado con llamativos rendimientos financieros o la posibilidad de acceder a la pensión sin importar la edad, sino que debe atender también a que el afiliado pueda lograr la prestación económica que mejor se acompase con sus expectativas pensionales y densidad cotizacional.

Ahora, si bien la litigiosa por activa de la relación procesal acepta en el interrogatorio que sostuvo una reunión antelada a la suscripción del formulario de afiliación al RAIS con un representante de la AFP (min. 37:00), no puede pasar de soslayo la Sala que el deber de información se satisface con la evidencia de que la decisión del afiliado fue verdaderamente libre e informada, lo que no se logra acreditar por la AFP accionada, pues por el contrario, la actora dio cuenta de que la asesoría brindada previamente a la afiliación fue superficial y fragmentaria, asegurándoles principalmente que no era seguro afiliarse al ISS (min. 39:00), pero sin indicarle cuáles eran las características comparativas de ambos regímenes, ni las desventajas de afiliarse al RAIS y las modalidades y requisitos pensionales de dicho régimen.

En lo concerniente a las re-asesorías para el traslado entre AFP del mismo régimen, esta Sala ha sido del criterio de que las mismas no convalidan la actuación viciada de traslado, por manera que aún en el entendido de que en su posterior afiliación dentro del RAIS el 23 de diciembre de 1998 (doc. 11 pág. 81) hubiere sido asesorada, y todavía bajo el supuesto de haber sido re-asesorada (doc. 02 pág. 26), y de que fue informada del posible monto de su pensión de vejez en el RAIS el 21 de mayo de 2021 (doc. 02 pág. 46 y ss.); ello no podría tener la virtualidad de subsanar o convalidar las falencias de información al momento del traslado inicial de régimen pensional. A este respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tuvo la oportunidad de pronunciarse en los siguientes términos: *“la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones: (...) porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”* (SL1688 de 2019).

Es de resaltar que la AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad en la que se hizo la afiliación y traslado de régimen pensional, no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el asesor que atendió 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 de la parte activa en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, determinantes la condición académica o nivel de instrucción de la reclamante (min. 37:09) ante un tema de alta complejidad y trascendencia como es el cálculo de una mesada pensional, ni que el afiliado 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 a la AFP aseguradora.

De igual forma, en la misma providencia en cita la Corte Suprema de Justicia estudia la excepción de saneamiento de la nulidad relativa, precisando que el cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde

el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a las consecuencias prácticas, esto es, el restablecimiento del *status quo*, indicando que: *“a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*.

Así las cosas, ha de confirmarse la decisión de instancia en este tópico, en tanto con acierto declaró la ineficacia de la afiliación.

2.2.2 Traslado de las cotizaciones

A este respecto, huelga precisar 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, como en las sentencias con radicados n.º 31898 de 2008, SL4989-2018 y SL1429-2019, al tiempo que COLPENSIONES tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que el hecho de que dicha entidad sea un tercero la imposibilite para recibir los aportes, por la simple y llana razón de que esta entidad administra el régimen de prima media con prestación definida, a donde se encontraba afiliada la demandante antes del traslado de régimen pensional.

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

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

ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de 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 pensión mínima (Decreto 3995 de 2008 artículo 7, Sentencia SU-062 de 2010) y los gastos de la aseguradora (primas previsionales), pues carecería de sentido y objeto la declaratoria de ineficacia por la falta de la información exigida, de no trasladarse de manera íntegra las cotizaciones efectuadas, viéndose favorecida la AFP sin razón financiera atendible, pues a pesar de que tales descuentos tuvieron un origen legal y sirvieron en su momento a un propósito jurídicamente establecido como el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, la administración financiera de las cotizaciones o el fortalecimiento de un fondo de garantía, aquellos nunca hubieran sido deducidos por la AFP de no haberse verificado la afiliación y traslado de régimen pensional.

Finalmente, esta Sala considera que hay lugar al traslado de todas las cotizaciones y sus rendimientos a COLPENSIONES, a propósito de que engrosen el fondo común de naturaleza pública, según las previsiones contenidas en el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, de modo que, se garantice no solo la sostenibilidad financiera del sistema sino también la efectividad del principio de solidaridad de que trata el artículo 2 *ibídem*. Por demás, no hay lugar a reconocer restituciones mutuas, pues como se predica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia atrás referenciada, se deben devolver todos los rubros descontados de las cotizaciones, y si bien no soslaya esta Sala que existe un pronunciamiento de la Superintendencia Financiera en torno del tema, 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, dado que sobre este ítem, la Sala se aviene al precedente jurisprudencial que en derredor del tema ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como ampliamente quedó esbozado en líneas anteriores.

Así mismo, debe ordenarse que la devolución de los descuentos de manera indexada, atendiendo a que si bien aquella no fue impetrada con la demanda, vale decir, no fue materia de debate en el presente proceso, debe procederse a su reconocimiento oficioso, en tanto que ello no se traduce en una condena sino que solo entraña el reconocimiento del efecto

de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda por el paso del tiempo de las sumas descontadas de las cotizaciones por los rubros atrás descritos, prohijándose el criterio jurisprudencial expuesto en la reciente sentencia SL950-2022 emitida por la H. Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Laboral.

En suma, vale acotar por recapitular los predicamentos del máximo tribunal de casación laboral, en la reciente sentencia SL1126-2022, Radicación n.º90257, del 23 de marzo de 2022, M.P. Omar Ángel Mejía Amador, cuando describe de forma meridiana cuál es la carga impositiva para los fondos privados, aun tratándose de traslados horizontales dentro del RAIS, que significa la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en los siguientes términos: “...Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020, SL 5595-2021). Y sin perjuicio de las acciones que pueda ejercer Colpensiones por los conceptos adeudados a favor del demandante generados en virtud de los múltiples traslados”. -Subrayas de la Sala-

Ahora, de cara al cálculo actuarial que el *a quo* autorizó a COLPENSIONES, ha de relieves la Sala que tal tesis no es consistente con el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala, pues en estos casos, el criterio vertido por el máximo órgano no ha tenido variación, además de que no es posible impartir ese tipo de condenas como lo hizo el *a quo*, cuando de conformidad con el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 los dos regímenes de pensiones si bien coexisten son excluyentes, y por tanto, no es procedente realizar cálculo actuarial alguno una vez verificada la ineficacia del traslado, habida cuenta que la AFP deberá devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, pagos de seguro previsional, gastos de administración, descuentos al rubro de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos financieros que se hubieren causado (SL33083-2011, SL4989-2018 y SL1429-2019), y en esa medida, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia en este ítem.

2.2.3 Excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, se memora que *“a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria”* (SL1465-2021), a más de que esta Sala ha sido del iterativo criterio que en esta clase de procesos, las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia fuerzan el traslado de las aportaciones de manera integral, y al tratarse de un asunto íntimamente ligado con la materialización del derecho a la pensión de vejez, de naturaleza imprescriptible, unívoco tratamiento ha de reconocérsele, como así lo decantó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL361, radicación 63615 del 13 de febrero de 2019.

2.3.4. Recurso de queja

En lo atinente al recurso de queja formulado por el apoderado judicial de PROVENIR S.A., frente la decisión que denegó la apelación interpuesta contra el auto que le denegó la calidad concomitante de representante legal de PORVENIR S.A., estima pertinente la Sala memorar el contenido el penúltimo inciso del artículo 323 del CGP, según el cual *“(…) La circunstancia de no haberse resuelto por el superior recursos de apelación en el efecto devolutivo o diferido, no impedirá que se dicte la sentencia. Si la que se profiera no fuere apelada, el secretario comunicará inmediatamente este hecho al superior por cualquier medio, sin necesidad de auto que lo ordene, para que declare desiertos dichos recursos.”*

Ello así, y visto que en el *sub lite* el apoderado judicial de PORVENIR S.A. no interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, ciertamente resultaría inane el estudio de la queja propuesto, pues en todo caso la apelación formulada por dicho poderhabiente judicial ha de ser declarada desierta, al no haber apelado la sentencia de primera instancia.

Por fuerza de lo expuesto, habrá de declararse desierto el recurso de queja interpuesto por el apoderado judicial de PORVENIR S.A.

2.3. COSTAS

Sin costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. por resultar parcialmente avante la decisión del recurso de alzada propuesto por ésta contra la sentencia de primera instancia, en términos del numeral 4 del artículo 365 del CGP, aplicable al proceso laboral por remisión analógica del artículo 145 del estatuto instrumental laboral.

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

Las de primera instancia se confirman, toda vez que las demandadas contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones instadas y formulando excepciones de mérito contra las mismas.

3. DECISIÓN

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,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia materia de apelación y consulta proferida el 4 de noviembre de 2022 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, el cual quedará en los siguientes términos:

*“**TERCERO: CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a devolver o trasladar a COLPENSIONES todos los valores, recursos o sumas que hubiere recibido con motivo de afiliación y traslado de la actora que obrare en su cuenta de ahorro individual, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con todos los rendimientos financieros que se hubieren causado. Igualmente, deberá devolver o trasladar a COLPENSIONES todos los descuentos que hubiere efectuado sobre las cotizaciones de la demandante mientras ésta estuvo afiliada, por concepto de primas previsionales, aportes al Fondo de garantía de la Pensión Mínima y comisiones de administración, debidamente indexados, según y conforme lo expuesto en la parte motiva de este fallo. Para el cumplimiento de esta obligación se concede un término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*

***Parágrafo: CONDENAR** a PORVENIR S.A. a devolver o trasladar a COLPENSIONES los rendimientos financieros, si aún no lo ha hecho. Igualmente, deberá devolver o trasladar a COLPENSIONES todos los descuentos que hubiere efectuado sobre las cotizaciones de la demandante mientras esta estuvo afiliada por concepto de primas previsionales, aportes al Fondo de garantía de la Pensión Mínima, y por comisiones de administración, debidamente indexados, según y conforme lo expuesto en la parte*

motiva de este fallo. Para el cumplimiento de esta obligación se concede un término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.”

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral CUARTO, en cuanto autorizó a COLPENSIONES a realizar un cálculo actuarial de equivalencia de las cotizaciones, el cual quedará en los siguientes términos:

*“**CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a reactivar la afiliación al RPMPD de MIRIAM LUCÍA QUICENO ARIAS sin solución de continuidad y recibir todos los dineros que le sean trasladados por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.”*

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia que se revisa en apelación y consulta.

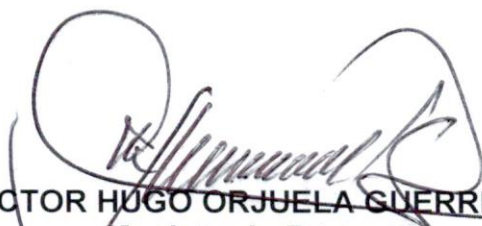
CUARTO: DECLARAR DESIERTO el recurso de queja propuesto por el apoderado judicial de PROVENIR S.A., respecto de la decisión que denegó la apelación interpuesta contra el auto que le denegó la calidad concomitante de representante legal de PORVENIR S.A.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las costas de primera instancia se confirman.

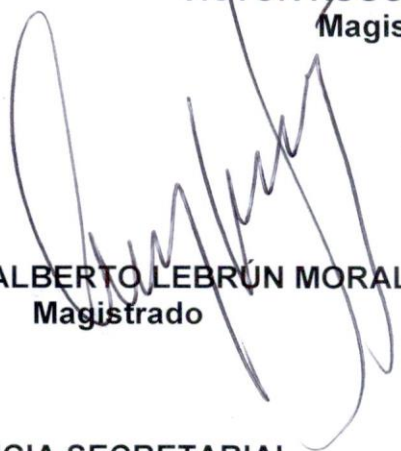
Lo resuelto se notifica mediante **EDICTO**, acogiéndose el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, vertido en la reciente providencia AL2550-2021 del 23 de junio de 2021, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Déjese copia 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 terminado el presente acto y se firma por los que en el intervinieron.



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente



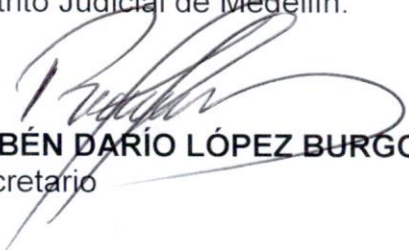
CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES
Magistrado



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada

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 de Distrito Judicial de Medellín.



RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario