

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	VIVIANA MARÍA GAVIRIA RIVERA
DEMANDADOS	COLPENSIONES- PORVENIR
RADICADO	05001-31-05-024-2021-00385-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	INEFICACIA DEL ACTO DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
DECISIÓN	CONFIRMA

Medellín, tres (3) de mayo del año dos mil veintitrés (2023)

La Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, conformada por los magistrados ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA, MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA, 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 la señora **VIVIANA MARIA GAVIRIA RIVERA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y la **AFP PORVENIR S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 017**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR contra la sentencia que profirió el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 15 de marzo de 2023; 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 la demandante nació el 19 de julio de 1963 y se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES; y posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS INVERTIR ORGANISMO COOPERATIVO hoy PORVENIR S.A, fondo privado donde se encuentra afiliada en la actualidad.

(ninguno de los hechos o pretensiones de la demanda se dirige en contra de la AFP PROTECCION)

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 atendida para afiliarse a PORVENIR, 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 traslado de régimen pensional.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por la AFP PORVENIR y que en consecuencia, se ordene a la AFP accionada, a trasladar a COLPENSIONES, el valor de los aportes recibidos con motivo de la afiliación de la demandante a esa administradora, incluidos los rendimientos financieros, debiendo ordenar a esta última entidad recibir dichas sumas y aceptar a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, condenando a las demandadas a reconocerle las costas procesales del juicio.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

COLPENSIONES, a través de la contestación allegada (PDF 06 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; negó los hechos de la demanda, salvo la edad y afiliación de la demandante, y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN, INEXISTENCIA DE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO A LA AFP PORVENIR, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP PORVENIR 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, EQUIVALENCIA DEL AHORRO O DIFERENCIAS PENSIONALES, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN DEBIDAMENTE INDEXADAS, BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERESES MORATORIOS, COMPENSACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, CONDENA EN COSTAS”*

Por su parte la AFP PORVENIR en texto que obra en el PDF 07, hizo lo propio, negó la totalidad de los hechos de la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción. Propuso las excepciones de mérito que denominó: *“PRESCRIPCIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE”*

De otro lado la AFP PROTECCION hizo lo propio y contestó la demanda PDF 08, negó la totalidad de los hechos y resaltó que después de realizar una búsqueda en las bases de datos de la entidad, se concluye que la **actora NO ha estado afiliada a esta administradora de Pensiones** en lo referente a Pensión Obligatoria.

Dijo además la entidad que el fallo debe involucrar únicamente las relaciones entre la accionante y la AFP PORVENIR S.A., por cuanto la demandante no ha estado vinculada con la AFP PROTECCIÓN.

La AFP propuso como excepciones de mérito las siguientes: *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, DESVINCULACIÓN DE PROTECCIÓN, BUENA FE, INNOMINADA O GENÉRICA”*.

La A quo en la audiencia inicial, adoptó como medida de saneamiento, la desvinculación de la **AFP PROTECCION**, por carecer de legitimación en la causa por pasiva (PDF 17 minuto 4:30)

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 15 de marzo de 2023, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda declarando la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora VIVIANA MARÍA GAVIRIA RIVERA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado a INVERTIR hoy PORVENIR S.A.

Se ordenó a la **AFP PORVENIR S.A** trasladar a COLPENSIONES todos los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, descontados durante la permanencia de la demandante en dicho fondo, con cargo a sus propios recursos, **debidamente indexados** a la fecha de pago. A la par se dispuso que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen y deberán normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP.

A **COLPENSIONES**, le ordenó reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y a recibir la devolución de los dineros ordenados.

Se impuso condena en costas procesales a PORVENIR y se abstuvo de hacerlo frente a COLPENSIONES.

El principal argumento de la A quo para declarar la ineficacia, fue 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 y el derecho a la libre selección de régimen pensional.

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

La sentencia de primera instancia fue apelada por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR, en los siguientes términos:

Respecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado argumentó el apelante que Invertir hoy Porvenir, cumplió con la obligación de información, de acuerdo a la normatividad vigente para el momento en que se produjo el traslado, la cual no exigía dejar constancia de manera escritural de lo informado al afiliado, pues es solo hasta la expedición del decreto 2555 del 2010 y el decreto 2071 del 2015 y la ley 48 del año 2014, que las administradoras de fondo de pensiones adquirieron la obligación de asesoría e información, tanto para los afiliados como para el público en general.

Señaló que el ente gubernamental que vigila a los fondos de pensiones ha sido enfático en señalar que la obligación de dar información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las afiliaciones en pensiones, nace a partir del año 2010, situación que ha sido puesta en conocimiento por la Superintendencia Financiera, en distintos conceptos.

Insistió el apelante que la AFP, cumplió con el deber de informar al momento del traslado, bajo el entendido que, en ese momento histórico, no era tan riguroso, como se exige en la providencia que se ataca mediante recurso de apelación.

Resaltó el apelante que del interrogatorio de parte absuelto por la parte demandante, hay dos aspectos que llaman la atención, el primero que la demandante indicó que la motiva trasladarse de régimen pensional, por la diferencia de la mesada pensional que recibiría en uno u otro régimen, lo cual también se describe en el hecho veinte de la demanda; y lo segundo, es lo concerniente a las condiciones de carácter particular y profesional que tiene la demandante, quien es economista, lo que daría a creer que si entiende o entendió en su momento, las características propias del régimen de ahorro individual, frente al cual se vinculó.

De otro parte y respecto del numeral segundo disiente el apoderado judicial en punto a la orden de trasladar los gastos de administración, los cuales describe como conceptos que básicamente han cumplido una finalidad durante el tiempo de afiliación, tanto con Invertir como con Porvenir, bajo el entendido que la AFP, siempre ha sido la encargada de administrar estos recursos de la parte actora, y la AFP, ha realizado operaciones financieras que le han permitido a la demandante unos rendimientos, lo cual es una característica propia del RAIS. En cuanto a las primas de reaseguro, argumentó que las mismas son conceptos que se han descontado de carácter periódico y han cumplido una finalidad en la que básicamente han estado dispuestos, para que en caso de que se materialice una contingencia, haya lugar a reconocer una prestación económica de pensión de invalidez o sobrevivientes; y particularmente durante la vinculación de la demandante, se hicieron dichos descuentos como mandato legal, y lo mismo ocurrió con los conceptos de la garantía de pensión mínima.

Enfatizó el reclamante que en general la AFP ha manejado en debida forma los recursos de la parte actora, lo cual deviene de las obligaciones de carácter contractual que surgen como consecuencia de la suscripción del formulario de afiliación.

Finalmente, solicitó el apoderado judicial que, en caso de revocarse la decisión de instancia, no se emita condene en costas procesales, sino que sea condenada la parte actora.

Alegatos de Conclusión:

Al doctor OCTAVIO ANDRES CASTILLO OCAMPO, portador de la tarjeta profesional N° 380.131 del C. S. de la J. abogado inscrito en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., se le reconoce personería para representar a la AFP PORVENIR S.A.¹.

El apoderado judicial de la **AFP PORVENIR**, en la oportunidad de ley, pidió que se revoque íntegramente la sentencia de primer grado, reiterando los

¹ Pg 58 del escrito de alegatos.

argumentos en que se sustentó el recurso de alzada de la entidad administradora de pensiones: **1) Declaratoria de ineficacia de la afiliación de la parte actora al RAIS. 2) La condena de reintegrar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, bonos pensionales, los porcentajes de comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima 3) Condena en costas.**

Por otra parte, la apoderada judicial de **COLPENSIONES**, presentó alegatos de conclusión a través del cual señaló que la Administradora de Fondo de Pensiones, es un tercero ajeno al negocio jurídico del cual se pretende su ineficacia, y por tanto, no debe verse perjudicada por el error en el cual incurrió la parte demandante.

Frente a la declaratoria de ineficacia de la afiliación, aseguró que a lo largo del proceso se logró probar que la demandante realizó su afiliación al fondo privado, a través de un acto libre y voluntario, ya que no existieron vicios en el consentimiento, tales como dolo, culpa y tampoco se ejerció algún tipo de fuerza o constreñimiento al firmar el formulario de afiliación.

Finalmente pidió que, en el evento de acogerse las pretensiones de la demandante, se ordene a las AFP demandas, la devolución de los aportes en favor de la parte demandante, incluidos los destinados al pago de administración de la cuenta de ahorro individual, el pago de primas de seguros previsionales para invalidez y muerte y el fondo de solidaridad pensional, debidamente indexados.

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 en su recurso 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 traslado de régimen pensional y la aceptación de la 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 de establecer si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizó la demandante, a través de la AFP PORVENIR S.A. alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y el 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 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 el 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 el 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 comprueba que la demandante VIVIANA MARIA GAVIRIA RIVERA, se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES en el año 1989 (PDF 6 folio 193); y posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR en el año 1996 (PDF 7 folio 37), donde permanece actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones de la A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, 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 la AFP convocada a juicio (PORVENIR) no alcanzó a probar haberle brindado asesoría a la demandante con suficiencia en su proceso de traslado.

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 el cambio de régimen, 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 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”*.

Para la Colegiatura, ninguno de los argumentos presentados por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR, en su recurso de apelación, resultan suficientes para que se revoque la ineficacia que declaró la A quo, resaltando que la AFP demandada tenía la carga probatoria de haber brindado asesoría a la asegurada en su proceso de traslado.

Ahora bien, sostiene el apoderado judicial de PORVENIR en su recurso de alzada que la AFP demandada cumplió con los requisitos de fondo y forma que se exigían para el momento en que se produjo el traslado, es decir, con el deber de información y buen consejo.

Pues bien, para la Sala la Ley 100 de 1993 como norma especial que regula esta situación, es la que comprende las exigencias y condiciones de validez de las afiliaciones a las administradoras del régimen privado y la que impone el acompañamiento al asegurado, resaltándose además 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.

Aseveró el apoderado de COLPENSIONES en su escrito de alegatos de conclusión en sede de segunda instancia que el traslado de la demandante se dio de manera libre y voluntaria y sin la afectación de ningún vicio del consentimiento.

En relación con este disenso debe tenerse en cuenta que a pesar de que la solicitud de vinculación se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no puede predicarse que la selección hubiere tenido tales características.

Ahora bien, llamó la atención el apoderado judicial de PORVENIR al argumentar en su recurso de apelación que la motivación de la actora es un inconformismo con su expectativa pensional que no alcanza a configurar falta de información que haga devenir en ineficaz el acto de afiliación. Esta Sala no accede a esos argumentos, teniendo en cuenta que la dinámica probatoria en estos casos se rige por la inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole al fondo privado probar que efectivamente sí brindó asesoría, ante la afirmación indefinida que hace la activa en sentido contrario. Por lo demás, lo dicho por la actora en su interrogatorio y de lo cual la parte recurrente deduce que su solicitud de traslado obedece únicamente a las diferencias económicas que puedan existir en la mesada pensional en uno u otro régimen, tampoco resultan determinantes para entender que haya existido un verdadero proceso de asesoría y acompañamiento bajo los contornos del buen consejo, para el momento del traslado, que es lo que se analiza para efectos de establecer la eficacia de dicho acto jurídico.

Por otra parte, el apoderado de PORVENIR expuso en su recurso de alzada que, dadas las condiciones particulares de la demandante, en especial sus estudios profesionales en economía, daría a creer que, si entiende o entendió en el momento de afiliarse a la AFP, las características propias del régimen de ahorro individual.

Pues bien, la actora al absolver el interrogatorio de parte dijo que efectivamente es profesional en economía, pero también señaló que no recibió información sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, en particular aseguró la demandante que estando en su lugar de trabajo se le acercó una asesora de INVERTIR y le informó que el ISS tenía problemas financieros y que, por esa razón, habían surgido los fondos privados. Ante la pregunta del apoderado de la AFP de que si recibió información sobre: los requisitos para pensionarse, el bono pensional, la posibilidad de hacer aportes voluntarios, modalidades de pensión, garantía de pensión mínima o si recibió asesoría externa; a todas y cada una de las preguntas la demandante contestó **“no”**

Con base en lo descrito, y contrario a lo afirmado por la parte recurrente, de lo que se extrae de la declaración de la actora, es que la AFP no cumplió con

la carga procesal de información, por lo que para la sala, la ineficacia en la afiliación al RAIS de la demandante, se configura, a raíz de la afiliación ausente de información por parte de la AFP, quien tampoco acreditó en los términos que determina el artículo 167 del C.G.P, haberle brindado al demandante un acompañamiento suficiente en su proceso de afiliación.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado de la señora **VIVIANA MARIA GAVIRIA RIVERA**, dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Bajo el anterior escenario, la situación pensional de la demandante, retorna al mismo estado en que se encontraba antes de suscribir el acto ineficaz de traslado a la AFP PORVENIR esto es, se encuentra válidamente afiliada 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 de 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 a la demandante, aspecto que también es cuestionado por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR.

El apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A. sostiene que los gastos de administración, tienen por mandato una destinación específica y que dichos descuentos han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta de la afiliada.

Esta Sala no acogerá esos argumentos y mantendrá la orden de traslado en los términos ordenados por la A quo, por cuanto su orden se justifica en aplicación de la jurisprudencia de la sala de casación de la Corte Suprema de Justicia, que ha estimado que los efectos de la ineficacia deben tener un efecto integral sobre el valor de las cotizaciones y aportes.

En efecto, las órdenes dadas por el juez de primer grado se justifican desde el punto de vista que, a la entidad pública codemandada COLPENSIONES, debe garantizársele la integridad de la cotización sin descuento alguno, ya que será quien reciba la afiliación de la asegurada y para todos los efectos legales la tenga afiliada al fondo público sin solución de continuidad.

Ahora, si bien, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece la facultad que tienen las administradoras de descontar los gastos de administración y demás descuentos, ello opera en el marco de un traslado que no adolezca de ineficacia, esto es, que se trate de una pertenencia al régimen legítima que no sea ineficaz. Así, en actos jurídicos que conserven su validez y se hayan realizado en condiciones ordinarias con la garantía del buen consejo, el acompañamiento y la asesoría, es evidente que dichos descuentos pueden realizarse y no existiría lugar a devolverlos. No obstante, mientras el acto sea ineficaz, se encuentra justificado el retorno económico global de todo lo que se hubiere generado en virtud de ese acto que no nació a la vida jurídica.

Los efectos de la ineficacia se traducen en el hecho de que las cosas deban retornar al estado anterior, resultando intrascendente que la actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa de PORVENIR, 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 PORVENIR, sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliada la actora.

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, no debe privarse a la demandante de la generación de rendimientos financieros en virtud del principio de inescindibilidad de la norma, teniendo en

cuenta que dichos rendimientos ya hacen parte de la demandante y fueron rubros que se generaron incluso a partir de la administración de los recursos de la propia demandante. Aunado a ello, el fondo privado no puede sacar provecho de sus propias omisiones, y afectar a la actora en sus rendimientos financieros.

En punto de que a la demandante se le brindó la respectiva cobertura frente a los riesgos de invalidez y sobrevivencia, esta sala aplica los anteriores argumentos para destacar que la decisión que se está adoptando no afecta el hecho de la buena fe de las aseguradoras, como quiera que las órdenes que se están dando no se hacen extensivas a ellas, por lo que resulta irrelevante que haya percibido la actora la respectiva cobertura, ya que se trató de un acto de traslado ineficaz, haciéndose imperioso que el fondo privado asuma las consecuencias económicas de sus omisiones, con su propio patrimonio.

Singularmente se precisa que ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al determinar que las implicaciones prácticas de la ineficacia conllevan a que: *“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)*

Es de tal relevancia el principio de sostenibilidad financiera y la importancia de que el mismo no se vea limitado por omitir ordenar retornar todos los descuentos que le hicieron a la cotización, que esta sala advierte que la orden dada por la A quo **resulta suficiente**, como quiera que en el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia, se ordenó el traslado de los conceptos antes señalados.

En último lugar, debe desestimarse el cuestionamiento del apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A., cuando solicita que se revoque la condena

en costas procesales que le fue impuesta por la A quo, al considerar que la entidad no ha obrado de mala fe.

Para la sala la condena en costas impuesta a la AFP, en primera instancia es completamente justificada, ello por cuanto, de conformidad con el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, se determina que: “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”, situación que en efecto ocurrió en este caso.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales, a cargo de la **AFP PORVENIR S.A.**, por resultar vencida en el recurso de alzada, y en favor de la señora **VIVIANA MARIA GAVIRIA RIVERA**. Agencias en derecho: un (1) salario mínimo legal mensual vigente para 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: CONFIRMAR íntegramente la sentencia de primera instancia, de fecha y procedencia conocidas, que se conoce en Apelación y Consulta, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a la **AFP PORVENIR** y en favor de la señora **VIVIANA MARIA GAVIRIA RIVERA**. Agencias en derecho: un (1) SMLMV para 2023, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

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

CUARTO: 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