

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	CLAUDIA PATRICIA CASTAÑEDA NARVAEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES-PORVENIR- PROTECCION
RADICADO	05001-31-05-016-2020-00376-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Revoca parcialmente y confirma

Medellín, veintitrés (23) de junio de 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 **CLAUDIA PATRICIA CASTAÑEDA NARVAEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y las **AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 024**, 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 S.A., contra la sentencia que profirió el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 16 de mayo 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, se afilió al régimen de prima media con prestación definida al Instituto de los Seguros Sociales en el año 1989, y que posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., en el año 2003, 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 atendida 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 demandada, y que en consecuencia, se ordene a las AFP demandadas, trasladar a COLPENSIONES las sumas cotizadas por la actora, debiendo ordenar a esta última entidad, recibir dichas sumas, aceptar a la 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 12 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LAS OBLIGACIONES, 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, DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL,*

EQUIVALENCIA DEL AHORRO O DIFERENCIAS PENSIONALES, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN DEBIDAMENTE INDEXADAS, BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, CONDENA EN COSTAS”

PORVENIR S.A., hizo lo propio y también describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 7 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de mérito que denominó: “*PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*”

En la audiencia inicial, y estando en la **etapa de saneamiento**, se **ordenó integrar como litisconsorcio necesario por pasiva, a la AFP PROTECCION**. (PDF 22)

PROTECCION S.A., integrada a la Litis, la entidad contestó la demanda, (PDF 27), se opuso a la prosperidad de las pretensiones y planteó 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 DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, RECONOCIMIENTO DE RESTITUCIÓN MUTUA EN FAVOR DE LA AFP: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR FALTA DE CAUSA Y PORQUE AFECTA DERECHOS DE TERCEROS DE BUENA FE, APLICACIÓN DEL PRECEDENTE SOBRE LOS ACTOS DE RELACIONAMIENTO AL CASO CONCRETO, TRASLADO DE APORTES A OTRA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES*”

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 16 de mayo de 2023, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la señora **CLAUDIA PATRICIA CASTAÑEDA NARVAEZ**, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia, declaró que la actora ha permanecido afiliada sin solución de continuidad al RPM administrado por COLPENSIONES.

Le impuso a las **AFP PROTECCION y PORVENIR**, la obligación de trasladar a COLPENSIONES, además de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones 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 desde la fecha de traslado al RAIS.

A la par, se ordenó a todas las AFP demandadas, esto es, **PORVENIR y PROTECCION**, 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.

Ordenó a **COLPENSIONES**, a reactivar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida a la señora CLAUDIA PÁTRICIA CASTAÑEDA NARVAEZ y recibir todos los dineros que sean trasladados por PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A.

Se autorizó a COLPENSIONES a **realizar un cálculo de equivalencia** de los dineros recibidos desde el régimen de ahorro individual, consistente en actualizar aplicando corrección monetaria a las cotizaciones completas, que se recaudaron desde el momento que se declara la ineficacia hasta la fecha efectiva de pago. Indicó que el cálculo de equivalencia se realiza en cumplimiento de las sentencias C789 de 2002 y la SU 62 de 2010 entre otras. **(numeral cuarto)**

Condenó en costas procesales a las AFP PROTECCION y PORVENIR S.A. y se abstuvo de imponer condena a cargo de COLPENSIONES.

El 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

El apoderado judicial de la AFP PORVENIR, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, en lo que respecta a la orden de trasladar los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado.

Expuso el apelante que, ante una declaratoria de ineficacia, los valores a retornar corresponden a los rendimientos financieros, y en ese sentido, no existe determinación legal que ordene la devolución de los conceptos de gastos de administración y adicionalmente se ordene su retorno de forma indexada.

Señaló además que, la AFP administró en debida forma los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, generando unos rendimientos financieros, superiores a los mínimos a los que hubiese podido recibir en el régimen de prima media.

Sostuvo que, los gastos de administración, no financian la mesada pensional de la afiliada, son de tracto sucesivo, y que, atendiendo a su naturaleza, le es aplicable la figura jurídica de la prescripción.

En lo que concierne a la indexación, manifestó que los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante actualmente están actualizados con los rendimientos financieros, concluyendo que, se impone una doble condena a la AFP, pues con el traslado exclusivo de los rendimientos financieros sin la indexación, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse presentado, respecto de los emolumentos que se ordenan retornar.

Alegatos de Conclusión:

El apoderado judicial de la **parte demandante**, al presentar su escrito de alegatos de conclusión en sede de segunda instancia, señaló que, el fallo proferido por el Juez de primera instancia, se adecúa perfectamente a los artículos 4 y 48 de la Constitución Nacional, pues en dicho proveído, se da cumplimiento a cabalidad con los principios fundamentales que protege el derecho de la demandante; es así entonces, como con esa argumentación, se le posibilita a la señora CLAUDIA PATRICIA CASTAÑEDA NARVAEZ, de manera clara y nítida obtener una pensión de vejez con mayores garantías que la eventual pensión que pudo haber obtenido en el régimen de ahorro individual.

Por su parte, el apoderado judicial de la **AFP PORVENIR**, en la oportunidad de ley, solicitó que se revoque la sentencia de primer grado, 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 aseveró 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 parte demandante realizó cambio de régimen de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa.

Sostuvo que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y la AFP, como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Expuso que los gastos de administración, ni las primas de seguros, corresponden a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales, en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, concluyendo que ello es razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional; luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS.

Adicionalmente, dijo que resulta incongruente ordenar la indexación de los valores ordenados, como quiera que, los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, no estuvieron afectados por la devaluación o inflación de la economía y por contrario, la AFP PORVENIR S.A., con su administración, le garantizó rendimiento a los mínimos establecidos en la ley para el RAIS y muy superiores a los que le hubiera generado el RPMPD, insistiendo que con el traslado de los rendimientos financieros de los aportes recibidos, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generando en los emolumentos a retornar.

Para sustentar su desacuerdo dijo el recurrente que el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia de fecha 21 de junio de 2022 dentro Proceso Ordinario Laboral promovido por FELISA LEÓN POVEDA con Radicación No. 25899-31-05-002-2021-00111-01 y sentencia de fecha 25 de julio de 2022 proferida por el Tribunal Superior de Cali - Sala Laboral Proceso Ordinario Laboral promovido por EDILSON RICARDO REGALADO GONZALEZ con radicación No. 76001-31-05-012-2022-0023401, consideró que, el traslado de los rendimientos financieros del afiliado a COLPENSIONES compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse presentado respecto de los emolumentos que se ordenan retornar.

En igual sentido, apeló el recurrente a la decisión adoptada por el Tribunal Superior De Cali Sala Laboral, en el proceso que adelantó el señor JHONJAIR GAVIRIA, en contra de COLPENSIONES Y OTROS RAD. 76001-31-05-2022-00562-01, que en providencia del 20 de enero del año en curso, indicó: *“Respecto de la indexación la Sala considera que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que, con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar, por tal razón se REVOCA dicha condena a PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. y en su lugar, se les CONDENA a dichos entes a que devuelvan todas las sumas junto con sus rendimientos.”*

Con base en lo anterior concluyó el recurrente aduciendo que, ordenar a Porvenir S.A. que indexe cualquier suma de dinero, es sin duda imponer una doble sanción, por cuanto sin hesitación alguna y sin que resulte necesario realizar ninguna operación matemática, los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó la AFP, a partir del acto jurídico informado que celebró la demandante con plenos efectos jurídicos, con creces, supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

Finalmente, el apoderado judicial de **COLPENSIONES**, pidió que se ordene a las AFP demandas, retornar a la entidad, todos los conceptos debidamente indexados, 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.

Acotó además 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.

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 al punto objeto de inconformismo planteado por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A. 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 la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad 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 en establecer si la afiliación que hizo la 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 la señora CLAUDIA PATRICIA CASTAÑEDA NARVAEZ, inicialmente se afilió al ISS, administrado hoy por COLPENSIONES, en el año 1989, (PDF 12 folio 174), posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PROTECCION en el año 1999 (PDF 8 folio 65), y más tarde, se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., en el año 2003 (PDF 8 folio 66), entidad en donde permanece actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones del A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación pensional de la actora 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 y PORVENIR) no alcanzaron a probar haberle brindado asesoría a la actora con suficiencia en su proceso de afiliación, en el momento en que la 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.

En consecuencia, **se confirmará** la sentencia de primera instancia, al haber declarado la ineficacia del traslado de la señora **CLAUDIA PATRICIA CASTAÑEDA NARVAEZ**, 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 afiliación a las AFP demandadas, 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, a su vez, es objeto de cuestionamiento por el apoderado judicial de la AFP PORVENIR, en su recurso de alzada.

Ahora, el apoderado judicial de 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 el 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.

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.

Desde luego, 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 o PROTECCION, 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 ni por PROTECCION, 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...”.

En punto a estimar que la orden de trasladar las cuotas de administración, las primas de seguros previsionales, y los aportes de garantías de pensión mínima; sería prescriptible por no hacer parte de las sumas que están destinadas a financiar la pensión de vejez de la asegurada, esta Sala no accederá a declarar la afectación por prescripción de dichas obligaciones, como quiera que es solo en esta sentencia que se está dando la orden y con respecto a las mismas no ha transcurrido el término trienal extintivo de ley.

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.

Por otra parte, y en relación con el desacuerdo del apoderado judicial de PORVENIR, en cuanto a la orden de indexación, para esta Sala, la determinación impuesta por la juez de primer grado es procedente, como quiera que esta medida de actualización monetaria ha sido reiterada recientemente por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL3202, SL3709, SL3710 y SL3769 de 2021, constituyendo éste un precedente vertical, que acoge esta colegiatura.

De otro lado, la sala advierte que el juez de instancia en el **numeral cuarto** de la resolutive de la sentencia, ordena a COLPENSIONES a **realizar un cálculo de equivalencia** de los dineros recibidos desde el régimen de ahorro individual, decisión que se REVOCARÁ, como quiera que, esto no es un efecto jurídico de la declaratoria judicial de la ineficacia del traslado, y si bien se requiere actualizar los conceptos a retornar, para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, más concretamente el régimen de prima media que administra COLPENSIONES, la solución acogida por la jurisprudencia del órgano de cierre para conjurar esta problemática ha sido la **indexación de los conceptos** antes aludidos y la devolución de los dineros que hacen parte de la cuenta de ahorro individual del afiliado junto con sus rendimientos financieros.

En consideración de lo anterior, se **REVOCARÁ** parcialmente el **numeral cuarto** de la parte resolutive de la sentencia, en relación con el **cálculo de equivalencia** de los aportes a cargo de COLPENSIONES.

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)

Finalmente debe señalarse que, 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 el A quo **resulta suficiente**, como quiera que en el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia, se ordenó el traslado de los conceptos antes señalados.

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, y en favor de la demandante **CLAUDIA PATRICIA CASTAÑEDA NARVAEZ**, dentro de las cuales se fija, como agencias en derecho, la suma de 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: REVOCAR parcialmente el **numeral cuarto** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en relación con el **cálculo de**

equivalencia de los aportes a cargo de COLPENSIONES, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia apelada y consultada.

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 de la señora **CLAUDIA PATRICIA CASTAÑEDA NARVAEZ**, 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