

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	LUZ NELLY OSPINA PARRA
DEMANDADOS	COLPENSIONES- COLFONDOS
RADICADO	05001-31-05-009-2019-00545-02
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	CONFIRMA

Medellín, veintiocho (28) 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 **LUZ NELLY OSPINA PARRA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y la **AFP COLFONDOS S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 025**, 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 COLFONDOS, contra la sentencia que profirió el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 19 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 administrado por el extinto ISS hoy Colpensiones, en el año 1984 y posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A., en el año 2000, fondo privado donde se encuentra afiliada en la actualidad

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.

Se adujo que, la demandante acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez del régimen de prima media con prestación definida, toda vez que cuenta con más de 57 años de edad y más de 1.300 semanas de cotización, según lo dispuesto en el artículo 34 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la ley 797 de 2003.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantado por la administradora del régimen privado, y que en consecuencia, se ordene a la AFP demandada, 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.

Que como consecuencia de lo anterior: **i)** Se condene a COLPENSIONES, a reconocer a la demandante la **pensión de vejez**, toda vez que cuenta con 57 años y más de 1.300 semanas de cotización, en los términos previstos en el artículo 34 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la ley 797 de 2003. **ii)** Se reconozca a la demandante, retroactivo pensional desde la fecha en que la demandante cumplió los 57 años de edad o la que se demuestre en el proceso. **iii)** Que se conde al reconocimiento y pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 o los que legalmente sean probados y que se condene en costas procesales.

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 02 folio 64 del expediente digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de esta acción, aceptó la vinculación al régimen de prima media, pero desde el 21 de junio de 1983 y no desde 1984 como se relata en los hechos de la demanda y; propuso las excepciones perentorias que denominó: *“IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA Y/O NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN REALIZADO POR LA DEMANDANTE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER LA AFILIACION AL RPM POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN A CARGO DE COLPENSIONES. INDEXACIÓN A CARGO DE LA AFP DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE INTERESES MORATORIOS DEL ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993, IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO SIN DESCUENTO EN SALUD, IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN A CARGO DE COLPENSIONES, INDEXACIÓN A CARGO DE LA AFP DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE DE COLPENSIONES, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, INNOMINADA O GENÉRICA”*

COLFONDOS S.A. también describió el traslado de la acción, según se observa en el PDF 2 folio 102 del expediente digital. A través de dicha respuesta negó los hechos de la demanda, y, formuló las excepciones de mérito que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO, VALIDEZ DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, RATIFICACIÓN DE LA AFILIACIÓN DE LA DEMANDANTE AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS ADMINISTRADO POR COLFONDOS Y CESANTÍAS, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA NULIDAD DEL TRASLADO, COMPENSACIÓN Y PAGO, INNOMINADA”*

En audiencia inicial de fecha 24 de noviembre de 2022, el juez de instancia, declaró oficiosamente la excepción de falta de competencia para resolver lo relativo a la pretensión del **reconocimiento de pensión de vejez**, toda vez que la demandante LUZ NELLY OSPINA PARRA, para el año 2020, tenía el cargo de auxiliar de enfermería, esto es, que tenía condición de empleada pública. (PDF 14)

Frente a la decisión adoptada, la apoderada de la parte demandante presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, sin embargo, la A quo, mantuvo la decisión adoptada y concedió el recurso de apelación.

En proveído del 08 de febrero de 2023, esta sala, ordenó revocar el auto que declaró probada de oficio la falta de jurisdicción y competencia frente a la pretensión de reconocimiento de una vez de vejez a cargo de COLPENSIONES y en su lugar, ordenó al juzgado de instancia, a continuar el trámite procesal

correspondiente, al encontrarse prematuro la declaratoria de la excepción, en las etapas iniciales del juicio.

Ahora bien, en escrito visible en el PDF 18, y **suscrito expresamente** por la demandante y su apoderado judicial, se solicitó al despacho que: *“en cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal, y en aras de la celeridad procesal, sólo se resuelva lo pertinente a la ineficacia del traslado. Tan pronto está pretensión sea resuelta de fondo, me comprometo acudir ante la entidad respectiva para tramitar la solicitud y reconocimiento de la prestación económica por vejez”*

Así pues, en audiencia celebrada el 19 de mayo de 2023, (PDF 22) en el minuto, 6:20, la A quo, accedió a la petición formulada por la parte actora y **excluyó del debate probatorio, la pretensión de reconocimiento de la pensión de vejez**, inicialmente formulada en la demanda.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 19 de mayo de 2023, la Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia del traslado de **LUZ NELLY OSPINA PARRA**, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS- y, en consecuencia, declaró que la actora ha permanecido afiliada sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que es administrado actualmente por COLPENSIONES.

CONDENÓ a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la señora LUZ NELLY OSPINA PARRA, con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y bonos pensionales, si se hubieren redimido, y con sus propios recursos ordenó trasladar **con indexación** lo descontado por el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y el valor de primas de seguro previsional y el reaseguro. A la par dispuso la A quo, que al momento de cumplirse estas órdenes los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC aportes y demás información relevante que lo justifique.

CONDENÓ a COLPENSIONES a recibir de la AFP COLFONDOS S.A. los valores aludidos e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas por la

demandante al Régimen de Prima Media, imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC en el que fueron pagados.

CONDENÓ en costas procesales a COLFONDOS S.A y a favor de la demandante.

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

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

La sentencia de primera instancia fue apelada por el apoderado judicial de la AFP COLFONDOS, quien expresó que recurre la decisión de manera parcial, especialmente respecto a la orden relativa, a que se devuelva a COLPENSIONES, los gastos de administración, los seguros previsionales, y los aportes de garantía de pensión mínima, argumentando que la actuación de Colfondos siempre ha sido de buena fe, y dando estricto cumplimiento a una disposición legal, pues atendiendo a la misma normatividad, la entidad debió descontar, la comisión de administración mensual y los seguros previsionales.

Expuso el apelante que, la AFP debió contratar con una aseguradora y pagar la póliza para la cobertura de riesgo de invalidez y muerte, la cual no fue caprichosa, ni discrecional de Colfondos, sino que la misma ley dispone y exige para el funcionamiento de la entidad, la contratación de las pólizas de seguro, atendiendo a la vinculación de la demandante en la AFP, la que se extendió, hasta la época en que se declara la ineficacia del traslado; y que si bien, durante la vinculación de la demandante a la AFP, no se presentó el siniestro que hubiese activado la póliza de seguro, ello no es suficiente para que se ordene el retorno de ese concepto al régimen de prima media, máxime que en dicho régimen también se descuentan gastos y comisiones de administración, con una destinación similar.

En lo concerniente a las cuotas de administración, señaló que la misma no tiene la destinación de financiar la pensión de la demandante, por lo que trasladar este concepto, genera un enriquecimiento injustificado del patrimonio de

Colpensiones, reiterando que, es la ley que dispone cuales son los conceptos que son susceptibles de ser trasladados, que incumbe específicamente a los saldos consolidados de la cuenta pensional de la demandante, los rendimientos financieros y eventualmente el bono pensional, precisando que, a través de los gastos de administración, la AFP ha generado unos rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual de la demandante, muy superiores a los rendimientos que recibiría en el RPM.

Alegatos de Conclusión:

Al doctor JHON WALTER BUITRAGO PERALTA, portador de la tarjeta profesional No 267.511 del C.S.J., quien tiene condición de apoderado judicial de COLFONDOS S.A, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal de la sociedad, se le reconoce personería para representar a la entidad.

En la oportunidad de ley, el apoderado judicial **COLFONDOS**, solicitó que se modifique la sentencia de primera instancia, respecto de la orden de trasladar las cuotas de administración y los seguros previsionales, reiterando los argumentos expuestos al sustentar el recurso de apelación.

Sostuvo que los gastos de administración corresponden a descuentos originados de manera legal en el artículo 20 de la Ley 100 modificado por el Artículo 7 de la Ley 797 del 2003, y a su vez, corresponden al ejercicio acucioso que deben ejercer las administradoras respecto de los aportes que se depositan mensualmente por parte de los afiliados.

Precisó que los artículos 70 y 77 de la ley 100 de 1993 establecen la forma de financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes para lo cual las AFP deben contratar con un tercero asegurador de buena fe, a través de un contrato autónomo, un acto jurídico independiente, para el pago de primas de seguro previsional.

Dijo que la parte demandante, está siendo protegida, por lo que la AFP están cumpliendo su objetivo, el cual es proteger los riesgos y siniestros de la actora en el caso de una invalidez o muerte.

Expuso que, considera injusto que se ordene la devolución de un concepto que se está pagando de buena fe, bajo un contrato, un acto jurídico válido y que están protegiendo a los afiliados aun hasta el momento anterior en que se encuentre ejecutoriada una sentencia condenatoria.

Por último, dijo que no es posible que se ordene la indexación de los conceptos que llegaran a ordenarse devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, porque con los rendimientos generados por la AFP, en todo caso, superiores a los que hubiera podido generar el ISS o Colpensiones, si la parte actora nunca se hubiera trasladado de régimen, quedó más que compensado este concepto, además dicho rubro, no fue objeto de petición, en la demanda, ni incluido en la fijación de litigio; por tanto, una condena en ese sentido, desconocería el principio de consonancia y congruencia de la sentencia con las pretensiones de la demanda y comportaría violación del derecho de defensa y el debido proceso.

Al doctor DARIO MAURICIO TOBON CHAMORRO, portador de la tarjeta profesional 271.442, se le reconoce personería para representar a COLPENSIONES, en los términos del poder sustituido.

El apoderado judicial de **COLPENSIONES**, pidió que, en el evento de confirmarse la ineficacia declarada, se ordene a la AFP demanda, reintegrar la totalidad de la cotización a COLPENSIONES, es decir: i) Recursos cuenta individual de ahorro, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales v). Porcentajes destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración, se hagan de manera indexada.

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 COLFONDOS, 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 la AFP demandada, 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 LUZ NELLY OSPINA PARRA, se afilió al entonces Instituto de los Seguros Sociales administrado hoy por COLPENSIONES, en el año 1983 (PDF expediente administrativo), y posteriormente, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A, en el año 2000 (PDF 2 folio 33), entidad en donde permanece actualmente.

Ahora, revisadas en detalle las consideraciones de la A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación pensional 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 la AFP convocada a juicio (COLFONDOS S.A) no alcanzó 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 **LUZ NELLY OSPINA PARRA**, 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 la AFP demandada, 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 del recurso de apelación y por la competencia en Grado Jurisdiccional de Consulta de que dispone este colegiado, que impone la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera de la entidad pública codemandada que será quien asuma las futuras prestaciones económicas de la seguridad social que deban pagársele a la demandante, aspecto que es objeto de cuestionamiento por el apoderado judicial de la AFP COLFONDOS en su recurso de apelación.

Por otra parte, el apoderado judicial de COLFONDOS S.A. pidió que se revoque la orden de trasladar las cuotas de administración, al considerar que ha administrado correctamente los recursos de la cuenta de ahorro individual de la asegurada disponiendo del mayor cuidado y diligencia para lograr la significativa generación de rendimientos financieros, acudió a la tesis de las restituciones mutuas y mencionó que a la actora, se le han generado frutos, mejoras y rendimientos financieros, lo cual, a su juicio, debe permitirle a la AFP, conservar los descuentos realizados.

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.

Las órdenes dadas por la A quo se justifican desde el punto de vista de 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.

Tampoco le asiste razón al apoderado judicial de COLFONDOS S.A. en el sentido que la orden de devolución y traslado de los descuentos estén generando un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, ya que, precisamente los referidos descuentos existan en ambos regímenes, lo que se constituye en una razón de peso para que se entienda que la administradora del régimen de prima media con prestación definida no pueda perder la posibilidad de hacer dichos descuentos.

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 los fondos privados asuman las consecuencias económicas de sus omisiones, de su propio patrimonio.

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

Finalmente, no merece pronunciamiento alguno por parte de esta sala, el disenso planteado por el apoderado judicial de COLFONDOS, respecto a que se revoque la orden de indexación, por cuanto este reparo solo se pone de manifiesto en el escrito de alegatos de conclusión en sede de segunda instancia, y no se adujo en el momento de sustentar el recurso de apelación.

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

*“La citada AFP deberá devolver a Colpensiones el **porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019). (CSJ SL4062-2021). (subraya y negrilla a propósito)*

En consideración a lo expuesto y teniendo en cuenta que todos los conceptos a que se refiere el órgano de cierre, fueron ordenados en la sentencia, para esta sala, no es posible acoger la solicitud invocada por el apoderado judicial de COLFONDOS.

En último lugar, 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 constata que tales aspectos fueron tenidos en cuenta por la A quo, en el **numeral 2°** de la resolutive de la sentencia, por lo que se **CONFIRMARÁ** íntegramente la sentencia de primera instancia.

COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia se han causado costas procesales a cargo de la **AFP COLFONDOS**, teniendo en cuenta la desventura de su recurso de alzada. Las mismas serán en favor de la señora **LUZ NELLY OSPINA PARRA**; las agencias en derecho se fijan en el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023.

VIII. - DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de fecha y procedencia conocidas, que se conoce en Apelación y Consulta, de conformidad a lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales de segunda instancia a la **AFP COLFONDOS**. Agencias en derecho: Un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023, en favor de la señora **LUZ NELLY OSPINA PARRA**, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta 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