



SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Radicado: 05001-31-05-010-2020-00007-01 (O2-22-157)
Demandante: GLORIA MARÍA ISAZA ZAPATA
Demandadas: AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E.
Procedencia: JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN
Providencia: SENTENCIA No.155 DEL 01 DE AGOSTO DE 2022
Asunto: INEFICIACIA DEL TRASLADO RPMPD - RAIS

En Medellín, al primer (01) día del mes de agosto del año dos mil veintidós (2022), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados **SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES y VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**, quien actúa como Magistrado Sustanciador, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL, conocido bajo el radicado único nacional 05001-31-05-010-2020-00007-01 (O2-22-157), promovido por GLORIA MARÍA ISAZA ZAPATA en contra de COLPENSIONES E.I.C.E. Y PROTECCIÓN S.A., con el fin de resolver los Recursos de Apelación interpuestos por la AFP PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES E.I.C.E, respecto de la sentencia que selló la primera instancia proferida el 09 de mayo de 2022 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín.

De conformidad con lo previsto en el numeral 1º del 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 se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones", se adopta la decisión correspondiente mediante la presente providencia escrita, cuya ponencia fue previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

1. ANTECEDENTES

Mediante gestora judicial, GLORIA MARÍA ISAZA ZAPATA pretende que declare la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PROTECCIÓN S.A., que se declare que las cosas vuelven

al estado que se encontraban antes del traslado, se ordene a PROTECCION S.A., trasladar a COLPENSIONES el valor de los aportes recibidos durante la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto que se encuentre en la cuenta de ahorro individual; se ordene a COLPENSIONES tenerla como afiliada al RPMPD y a recibir los valores por trasladar de PROTECCIÓN S.A., y se condene en costas a las demandadas. Como fundamento del impetratorio, indica que nació el 04 de noviembre de 1970, que se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media Con Prestación definida administrado por COLPENSIONES y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., en el mes de enero de 2000, que al momento de su traslado no se le brindó la información adecuada y suficiente, que no se le efectuó re-asesoría antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad mínima de pensión exigida y que solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen el 23 de octubre de 2019, petitorio que le fue negado por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

1.1 TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida por el JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN mediante auto del 06 de febrero de 2020 (carpeta 01, doc. 02), con el cual ordenó su notificación y traslado a las demandadas.

Una vez notificada el 10 de febrero de 2020 (carp. 01, doc. 00, pág. 42), COLPENSIONES contestó la demanda el 18 del mismo mes y año, a través de mandataria judicial (carpeta 01, doc. 00, pág. 57 a 64), actuación con la que se opone a la totalidad de las pretensiones aduciendo que la demandante se trasladó de forma libre y voluntaria, siendo el contrato firmado, válido y con plenos efectos jurídicos, proponiendo como excepciones de mérito las denominadas: inexistencia de la obligación de reactivar la afiliación de la demandante al RPM, prescripción, buen fe, imposibilidad de condena en costas y compensación.

Una vez notificada, PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda el 20 de enero de 2022 a través de mandataria judicial (carpeta 01, doc. 10), oponiéndose a las pretensiones formuladas, para lo cual sostuvo que el traslado de la demandante se dio bajo los presupuestos legales exigibles para la época, cumpliendo con los requisitos de existencia del acto jurídico, sin que se presentaran vicios del consentimiento; a la vez de proponer como excepciones de mérito las que rotuló: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y reconocimiento de restituciones mutuas en favor de la AFP.

1.2. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

El proceso se dirimió en primera instancia mediante sentencia proferida el 09 de mayo de 2022 por el JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN (carp. 01, doc. 17), oportunidad en la cual el cognoscente de instancia declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, ordenó a PROTECCIÓN S.A., trasladar dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, bono pensional si hubiere lugar a ello, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguro, debidamente indexados a la fecha de entrega al RPMPD; ordenó a Colpensiones a recibir de PROTECCIÓN S.A., los valores e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante, imputándolos a los periodos que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo con el IBC reportado, al tiempo que condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

1.3 APELACIÓN

Decisión que fue recurrida oportunamente en apelación por la apoderada judicial de COLPENSIONES, en cuyo sustento indicó que la demandante realizó el traslado de forma voluntaria y actualmente se encuentra a menos de 10 años para tener derecho a la pensión de vejez, sin tenerlo para trasladarse, aduciendo por demás que la demandante alega un error de derecho que no genera nulidad alguna y al declararse la nulidad o ineficacia generaría para la entidad un desequilibrio financiero, sin que se le pueda indilgar falta o culpa en el acto de traslado, así mismo solicita que de confirmarse la sentencia se mantenga la orden de devolver los valores en la forma indicada por el juez de primera instancia, absteniéndose de imponer condena en costas en su contra.

Así mismo, el apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A., presentó recurso de apelación en orden a solicitar se declare ineficaz lo actuado desde la audiencia del artículo 80 del CPT, hasta la sentencia, por cuanto se permitió que los demandantes de los diversos procesos acumulados, escucharan los interrogatorios practicados a los demás, situación con la cual considera se vulneró el derecho de defensa, indicando que se presentó oportunamente recurso de reposición frente a tal decisión sin que la misma fuera susceptible de cualquier otro recurso. De otro lado, solicita que, en caso de no accederse a la ineficacia de lo actuado, se absuelva a la entidad de la devolución de las cuotas de administración y seguros previsionales, pues se generaron en favor de la demandante buenos rendimientos, con lo cual

se prueba una adecuada administración y, por tanto, el derecho a conservar las cuotas de administración y seguros previsionales.

De otra parte, la apoderada judicial de la activa no ejerció el derecho de recurrir la sentencia de instancia, manifestando conformidad con la misma.

1.4. CONSULTA

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

1.5. ALEGATOS CONCLUSIVOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

En el trámite de segunda instancia, la apoderada judicial de COLPENSIONES, presentó alegatos de conclusión en los cuales solicita se revoque la sentencia de primera instancia, ya que se aleja del precedente horizontal pues la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, además de que los fondos privados están en una situación probatoria compleja respecto del esclarecimiento de los hechos alegados por la actora, pues aquella se encuentra en mejores condiciones probatorias, además de que la misma realizó actos de relacionamiento durante la vinculación al RAIS, considerando irracional que se le impongan cargas que por demás van en contravía de la sostenibilidad financiera del sistema pensional. En la misma dirección, solicita que en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia se ordene a PROTECCIÓN S.A., trasladar todos los valores de la cuenta individual de la demandante, incluidos los valores ordenados por el juez de primera instancia, adicionándola para ordenar el pago del cálculo actuarial correspondiente a la diferencia que se pudiera presentar en los capitales obtenidos en uno y otro régimen.

Finalmente, la parte litigiosa por activa y PROTECCIÓN S.A., dejaron fenecer el término del traslado sin presentar alegaciones de conclusión.

2. ANÁLISIS DE LA SALA

Surtido el trámite en esta instancia, encuentra la Sala que con la apelación de la sentencia, el apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A., solicita se invalide todo lo actuado a partir de la audiencia del artículo 80 del Código Procesal Laboral y de la seguridad social, por cuanto la audiencia se realizó de forma conjunta con otros proceso de similares pretensiones, de modo

que, a su criterio, se vulneró el derecho de contradicción y defensa de su representada, pues cada uno de los demandantes pudo escuchar las preguntas formuladas a los demás, correspondientes a los otros procesos que se concentraron para la diligencia.

Al respecto, encuentra la Sala que no se configura ninguna de las causales de nulidad contempladas en el artículo 133 del Código General del Proceso, aplicable por analogía al procedimiento laboral, ni se evidencia vulneración al derecho de contradicción y defensa de la AFP privada, al tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del CPLYSS, consagratorio del principio de la libertad de la actuación procesal de manera adecuada al logro de su finalidad, bajo el presupuesto de que en la acumulación de los procesos y concentración de las audiencias, se concedió la oportunidad para interrogar a los demandantes, conforme a la prueba decretada en favor de la parte litigiosa por pasiva, y escuchado el interrogatorio de la señora Gloria María Isaza Zapata, se desarrolló dentro de los cánones legales, por lo que no se avizora irregularidad capaz de causar desmedro a los derechos y garantías procesales que le asisten a la entidad accionada, y en esa medida, no se encuentra efecto útil para infirmar la actuación.

Dicho lo anterior, y al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES, advirtiéndose que de conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del C.P.L. y S.S., el estudio del fallo impugnado se limitará a los puntos de inconformidad materia de la alzada, al igual que se revisará la providencia de instancia en el grado jurisdiccional de consulta a favor COLPENSIONES, en los puntos no apelados, para lo cual se plantea el siguiente:

2.1. PROBLEMA JURÍDICO:

El *thema decidendi* en la presente litis se centra en definir: ¿Si operó la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional efectuado por el extremo litigioso por activa a la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad convidada a juicio?, y de ser así, ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que devienen de la ineficacia del traslado de régimen pensional?

2.2 SENTIDO DEL FALLO -TESIS DE LA SALA-

El sentido del fallo de esta Corporación será **confirmatorio** en cuanto a la declaración de ineficacia de la afiliación y del traslado de régimen pensional a la AFP demandada, siguiendo

la tesis de que no se brindó la asesoría integral y cualificada que pregona el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y en cuanto ordenó el traslado de las cotizaciones, los rendimientos financieros, las cuotas de administración, las primas del seguro previsional, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima; sin embargo, pero se modificará en el sentido de indicar que los únicos conceptos que se deben indexar, son los que el fondo privado tendrá que asumir con cargo a su propio patrimonio, y que no se capitalizaron, sin incluir las cotizaciones y sus rendimientos financieros.

2.2.1 Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS

En lo que interesa a la Litis, no es objeto de discusión los siguientes hechos: que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición ni por tiempo de servicios cotizados (carpeta 01, doc. 00, págs. 65 a 68), pues al primero de abril de 1994 únicamente contaba con 244,28 semanas; ni por edad (carpeta 01, doc. 00, pág. 35); que GLORIA MARÍA ISAZA ZAPATA se afilió el **04 de noviembre de 1999** a PROTECCIÓN S.A., (carpeta 01, doc. 10, pág. 72), y que impetró ante COLPENSIONES el traslado de régimen pensional y tal solicitud le fue negada mediante comunicado del 23 de octubre de 2019 (carpeta 01, doc. 00, pág. 36 a 37).

Para resolver de fondo la Litis, sea lo primero señalar que este juzgador plural viene acogiendo el criterio jurisprudencial sostenido antaño por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y desarrollado desde el año 2008 con la sentencia de radicación n.º 31989 del 9 de septiembre de 2008 hasta la sentencia SL1498-2022, línea jurisprudencial en la que se cimienta el precedente judicial por seguir, de donde se desprende que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber ineludible desde su creación; que el formulario de afiliación no es suficiente para probar el cumplimiento de tal deber, requiriéndose la prueba del consentimiento informado; que la carga de la prueba le corresponde a las AFP, por virtud de su inversión a favor del afiliado como parte débil de la relación jurídica contractual, y que el alcance de la jurisprudencia laboral citada, permite aplicarla a todos los eventos de traslado de régimen pensional, sin importar que el derecho esté consolidado, sea beneficiaria del régimen de transición, o esté próxima o no a pensionarse, precedente jurisprudencial replicado más recientemente en la sentencia SL1126-2022.

En esa misma dirección, preciso es ponderar por la Sala que para la fecha del traslado de régimen pensional, el 04 de noviembre de 1999, la AFP accionada tenía la obligación de brindar información detallada en cumplimiento de lo normado en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, y 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo

23 de la Ley 797 de 2003, lo que a juicio de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1217-2021, consiste en: *"ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas. (...) suministrar (...) una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. (...) proporcionar (...) una ilustración acerca de las condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, lo que incluye la existencia de una transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales."*

Conforme los anteriores basamentos legales y jurisprudenciales, tenemos que, en lo concerniente a la afiliación y traslado de régimen pensional, se allegó el correspondiente formulario de afiliación (carpeta 01, doc. 10, pág. 72); empero tal probanza no refleja que de manera documentada se haya presentado la asesoría cualificada exigida, y por contera, no es posible concluir que la AFP privada cumpliera con los mínimos de transparencia, claridad y completitud en la información que debía ser suministrada, en tanto no basta con referir únicamente las características de cada uno de los regímenes, sino también las consecuencias adversas del traslado de régimen, mismas que no fueron explicitadas de manera previa, o cuando menos, al momento de efectuarse la afiliación y traslado del régimen pensional.

A este respecto, estima pertinente la Sala señalar que la AFP no cuenta con soporte documental que dé cuenta de la información o asesoría que se le brindó a la pretensa afiliada; denotándose una contravención a lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, pues no basta con aportar un formato pre-impreso de vinculación cumpliendo con los requisitos formales que indica la Superintendencia Financiera mediante circular, sino que se requiere de la efectiva e integral asesoría brindada al momento de dicho traslado, indicando las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, los requisitos y condiciones necesarias para causar la pensión de vejez o la anticipada antes de la edad mínima, en la medida en que no se trata solo de persuadir al afiliado con llamativos rendimientos financieros, sino que se le debe prestar asesoría, veraz, integral y completa en función de que pueda lograr en lo futuro la pensión que mejor se acompañe con sus expectativas pensionales y la densidad cotizacional alcanzada en toda su vida laboral.

Ahora, si bien la litigiosa por activa de la relación procesal, en el interrogatorio (min. 1:34:50, doc. 17, link audiencia) indicó que es docente universitaria, que se trasladó a PROTECCIÓN S.A., cuando trabajaba como docente en una institución educativa y los reunieron a todos los docentes, para indicarles que el ISS iba a tener problemas y que lo más conveniente era

que se trasladasen a ese fondo privado, pues podrían tener además una mejor pensión; que se trasladó por el temor y la angustia que le daba la terminación del ISS y por la manifestación de que tendría una mejor pensión; que recuerda haber firmado y entregado el formulario de afiliación, pero la reunión fue corta, que nunca solicitó re-asesorías porque confió en la asesoría que le habían dado y porque el tema de pensiones no es comprensible para ella; que desea devolverse a Colpensiones pues quiere tener un mayor bienestar y tranquilidad por la estabilidad económica de una pensión que le permita atender todas sus necesidades. Con todo ello, y que dichas aseveraciones se traslucen espontáneas, no son suficientes para extraer de las mismas una confesión que conduzca a predicar que el fondo privado cumplió con su deber de brindar una adecuada y holística información.

Recapitulando, vale destacar que la AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad que llevó a cabo la afiliación y traslado de régimen pensional, no desplegó actividad probatoria alguna enderezada a demostrar que el funcionario asesor que atendió a la litigiosa por activa cumpliera con su deber legal de suministrar información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, quebrantándose así lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, de donde se sigue que, la falta de soporte documental o de la existencia de un archivo de la historia laboral de que trata el artículo 38 del Decreto 692 de 1994, permite inferir que el traslado de régimen pensional no se ciñó a los parámetros legales y jurisprudenciales, sin que tenga la fuerza probatoria necesaria las manifestaciones generalizadas hechas por la parte actora en desarrollo del interrogatorio de parte, y menos aún, las referidas a que el afiliada no haya realizado indagaciones por su cuenta de su situación pensional, en tanto el deber de brindar tal información corresponde por ministerio de la ley exclusivamente a la AFP receptora.

En lo concerniente a la re-asesoría previa al cumplimiento de los 47 años de edad, si bien no existe soporte acreditativo de que en efecto se brindó la misma a la demandante, en tanto el formulario de re-asesoría obrante en la carpeta 01, documento 10, página 73 no se encuentra firmado por la demandante, esta Sala ha sido del criterio de que la misma no convalida la actuación viciada de traslado, impidiéndosele elegir libre, voluntaria y debidamente informada el régimen que le resultará más conveniente, sin que con ello se quiera decir que una re-asesoría o un traslado dentro del mismo régimen, tenga la virtualidad de subsanar o convalidar las notorias falencias de información al momento del traslado de régimen pensional. A este respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tuvo la oportunidad de pronunciarse en los siguientes términos: *“la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones: (...) porque la oportunidad*

de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información" (SL1688 de 2019).

De igual forma, en la misma providencia la Corte Suprema de Justicia estudia la excepción de saneamiento de la nulidad relativa, precisando que el cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a las consecuencias prácticas, esto es, el restablecimiento del *status quo*, explicitando al efecto que: *"a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*.

Así las cosas, la Sala habrá de impartir confirmación a la decisión de instancia en este aspecto, por cuanto con acierto declaró la ineficacia de la afiliación y consiguiente traslado de régimen pensional.

2.2.2. Traslado de las cotizaciones.

Sobre esta materia, es preciso señalar que tal devolución debe ceñirse a los términos del artículo 1746 del Código Civil, en consonancia a lo pregonado por la jurisprudencia laboral del máximo tribunal de esta jurisdicción, como en las sentencias con radicados n.º 31898 de 2008, SL4989-2018 y SL1429-2019, en tanto que COLPENSIONES tiene el deber de recibir las cotizaciones, sin que el hecho de que este ente de seguridad social sea un tercero en el acto jurídico de traslado, lo imposibilite para recibir los aportes realizados, por la simple y llana razón de que es el que administra el régimen de prima media con prestación definida, a donde se encontraba la demandante antes del traslado de régimen pensional.

En el anterior contexto, la Sala estima pertinente resaltar las prédicas de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en la sentencia SL3202-2021, en la que se recapitulan las implicaciones y consecuencias de la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, de la cual se trasuntan los apartes pertinentes:

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

ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que el demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

iii) que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por la promotora del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones."

Así las cosas, la ineficacia del traslado conlleva precisamente a que el fondo privado devuelva todas las cotizaciones que hubiere recibido, incluyendo lo correspondiente al porcentaje que por gastos o comisión de administración haya descontado de las cotizaciones, así como también lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima (Decreto 3995 de 2008 artículo 7, Sentencia SU-062 de 2010), y las sumas de la aseguradora (primas previsionales), pues carecería de sentido y objeto la declaratoria de ineficacia por la falta de la información exigida, de no trasladarse de manera íntegra las cotizaciones efectuadas, viéndose favorecida la AFP sin razón financiera atendible, pues si bien tales descuentos, tuvieron un origen legal y sirvieron en su momento a un propósito legalmente establecido como el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, la administración de las cotizaciones o el fortalecimiento de un fondo de garantía de pensión mínima, aquellos nunca hubieran sido efectuados por la AFP de no haberse verificado la afiliación y traslado de régimen pensional.

En aditamento a lo anterior, esta Sala considera que hay lugar al traslado de la totalidad de las sumas que la AFP PROTECCIÓN S.A. hubiere recibido con ocasión de la afiliación de la litigiosa por activa, a propósito de que engrosen el fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES E.I.C.E., en virtud de las previsiones contenidas en el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, de modo que, se garantice no solo la sostenibilidad financiera del sistema, sino también la plena realización del principio de solidaridad de que trata el artículo 2 ibídem; por demás, no hay lugar a reconocer restituciones mutuas, pues como se predica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia antes referenciada (SL-2877 del 29-07-2020, radicado 78667), se deben devolver todos los rubros descontados de las cotizaciones, y si bien no pasa por alto esta Sala la existencia de un pronunciamiento de la Superintendencia Financiera en contrario, es preciso indicar que el mismo se refiere a los traslados a instancia

de la afiliada y no como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, y que en últimas, tal acto no es de obligatorio acatamiento para los operadores judiciales, allende que, la Sala se aviene a la línea jurisprudencial que en derredor del tema ha venido desarrollando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como quedó dicho *in extenso* en líneas anteriores.

En lo que concierne a la indexación de las partidas descontadas de la cotización y sujetas a traslado, cumple señalar que aunque la actualización monetaria no fue objeto de impetración con la demanda, ni fue materia de excepción de fondo por parte de COLPENSIONES E.I.C.E., vale decir, materia de debate en el presente proceso, debe procederse a su reconocimiento de manera oficiosa, en tanto que la misma no corresponde a una condena adicional, sino que connota el llano reconocimiento de los efectos de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda de las sumas descontadas de las cotizaciones por concepto de cuotas de administración, primas del seguro previsional, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, prohijándose el criterio jurisprudencial expuesto en la reciente Sentencia SL950-2022 del 02/03/2022, emitida por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Omar Ángel Mejía Amador.

Sobre este particular, conviene apuntalar que la actualización monetaria debe ordenarse, incluso de manera oficiosa, siguiendo el criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia SL-950-2022, en la que rememora: *"... la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones [...]. De igual modo, la 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 en sus propios recursos".*

En el mismo sentido, viene a propósito ahincar en que la indexación de los rendimientos financieros resulta improcedente, siendo que dichos conceptos tienen un origen y naturaleza diferente, referido a la rentabilidad alcanzada por los fondos privados en el desarrollo de sus operaciones de inversión para alcanzar réditos; de consiguiente, por lo que se modificará el fallo de instancia en el sentido de indicar que las únicas sumas que se deben indexar son las cuotas de administración, primas del seguro previsional, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

Lo anterior, siguiendo los lineamientos de la sentencia C-424 de 2015, en la que el máximo tribunal constitucional memoró que en sede del grado jurisdiccional de consulta también debe examinarse la legalidad del fallo materia de la misma: *"Pese a que la jurisprudencia ha considerado que este mecanismo de control jurisdiccional de consulta no es propiamente un medio de impugnación, cuenta con una estrecha relación con los principios de derecho de defensa, debido proceso y doble instancia, sin que a la misma le sean aplicables todos los principios y garantías de la apelación, tanto así, que el juez que asume conocimiento en grado de consulta no está limitado por el principio de non reformatio in pejus, sino que oficiosamente puede hacer una revisión del fallo"*.

Y en últimas, en razón a que a COLPENSIONES E.I.C.E. con dicha decisión no se le desconoce ningún derecho, u ocasiona un perjuicio, pues además con el reconocimiento de la indexación de los rubros descontados atrás referidos, se responde de manera eficiente a los intereses de dicha entidad de seguridad social pública, frente a la integridad de los aportes que le serán trasladados para financiar la reclamación pensional futura por la accionante.

De cara al cálculo de equivalencia pretendido por COLPENSIONES E.I.C.E., ha de relieves la Sala que tal condena no es consistente con el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala, pues en estos casos, el criterio vertido por el máximo órgano de esta jurisdicción no ha tenido variación, además de que no es posible impartir ese tipo de condenas, cuando, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, los dos regímenes de pensiones si bien coexisten son excluyentes, y por tanto, una vez verificada la ineficacia del traslado, lo procedente es el retorno automático al RPMPD y que se hubiera ordenado a la AFP PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES E.I.C.E. todos los valores que por aportes legales hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, incluyendo lo descontado para cubrir las primas de los seguros previsionales, gastos o comisiones de administración, aportaciones al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, como se indicó en las líneas que anteceden (SL2877-2020, radicado 78667).

Ello así, la Sala confirmará la sentencia de primer grado, en cuanto ordenó el traslado de las cotizaciones, los rendimientos financieros, las cuotas de administración, las primas del seguro previsional, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima; pero la modificará en el sentido de indicar que los únicos conceptos que se deben indexar, son los que el fondo tendrá que asumir con cargo a su propio patrimonio, y que no se capitalizaron, no así, los rendimientos financieros, modificación que se considera necesaria siendo que el cognoscente de primer grado no determinó específicamente cuáles eran los conceptos que se debían indexar.

2.2.3 Excepción de prescripción

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

Como corolario de lo expuesto, se itera, habrá de impartirse confirmación a la sentencia de primer grado, en cuanto con acierto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional verificado el 04 de noviembre de 1999 a la AFP PROTECCIÓN S.A., como también el reconocimiento de las consecuencias jurídicas atrás descritas, siguiendo los lineamientos jurisprudenciales antedichos.

3. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del CGP, las costas de la segunda instancia estarán a cargo de PROTECCIÓN S.A., por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación propuesto, y con arreglo a lo previsto en el Acuerdo PSAA 16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan como agencias en derecho, a favor de GLORIA MARÍA ISAZA ZAPATA, la suma de \$1.000.000, que corresponde a un (1) SMMLV. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E., bajo el entendido que la sentencia se analizó integralmente a su favor, en virtud al grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

4. RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR la solicitud de nulidad incoada por la AFP PROTECCIÓN S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 09 de mayo de 2022, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por GLORIA MARÍA ISAZA ZAPATA en contra de la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., el cual quedará del siguiente tenor literal:

*“**SEGUNDO:** CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, y que obren en su cuenta de individual junto con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1.746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, así como también se ordena a PROTECCIÓN S.A., devolver con cargo a su propio peculio todos los descuentos realizados sobre las cotizaciones por concepto de aportes al fondo de garantía de pensión mínima, gastos o comisión de administración y primas del seguro previsional, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados, según y conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.”*

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de fecha y origen conocidos.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. fijándose como agencias en derecho, en favor de GLORIA MARÍA ISAZA ZAPATA la suma de \$1.000.000, que corresponde a un (1) SMLV. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E.

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

Déjese copia digital de lo decidido en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

Se declara así surtido el presente acto y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
Magistrado Ponente


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE
Magistrada


JULIO RAFAEL TORDECILLA PAYARES
Magistrado


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL

Se deja constancia de que las anteriores firmas, corresponden a las firmas originales de los magistrados que integran la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario