

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Medellín, veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los Magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES (ponente), VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, vencido el término de traslado establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a dictar la decisión correspondiente en este proceso ordinario de doble instancia instaurado por CLARA INÉS ZULUAGA ORREGO contra la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- (Rad. No. 05001-31-05-018-2020-0243-01).

ANTECEDENTES

Pretende la demandante la ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual, administrado en esa oportunidad por Colfondos S.A.; consecuente a esto se ordene su regreso al régimen de prima media, administrado hoy por Colpensiones; además a Protección S.A., actual administradora, a trasladar el total de los aportes, incluyendo las cuotas de administración deducidas; que se le reconozca la pensión de vejez, mesadas adicionales, intereses moratorios e indexación; y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones manifestó sucintamente lo siguiente: Nació el 7 de junio de 1960; encontrándose afiliada al I.S.S., hoy COLPENSIONES, en el mes de noviembre de 1998 se trasladó al régimen de

ahorro individual, administrado por Colfondos S.A.; luego, en el mes de enero de 2005 se trasladó, dentro del mismo RAIS a Protección S.A., AFP en la cual permanece en la actualidad; para estos traslados no recibió una debida asesoría, dado que la información proporcionada fue engañosa, deficiente y poco clara en lo que respecta a lo que era el régimen privado de pensiones, mucho menos de las ventajas y desventajas que este le podía representar; solicitó a las entidades demandadas el traslado pero le fue negado.

Colpensiones, luego de notificada la misma, dio respuesta oportuna a la demanda. Se opuso a lo pedido, expresando razones de hecho y de derecho, en especial que no existió vicio en el consentimiento. Frente a los hechos, aceptó la afiliación a la entidad, el traslado de régimen pensional y la reclamación que se le hizo; de los demás, dijo que no le constaban. Como excepciones propuso las que denominó: falta de causa para demandar, improcedencia de los intereses moratorios, improcedencia de la indexación, buena fe de Colpensiones, prescripción, compensación e imposibilidad de condena en costas, entre otras.

Protección S.A. en la oportunidad legal concedida aportó la contestación a la demanda. Aceptó la edad, el traslado al RAIS con su participación como administradora y que en la actualidad se encuentra activa. Preciso que la demandante tuvo traslados en el régimen de ahorro, entre ellos, el inicial, que realizó a Colfondos S.A. De los demás hechos dijo que no eran ciertos o que no le constaban. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones enlistadas. Como excepciones propuso las que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y prescripción, entre otras.

Colfondos S.A., no obstante haber sido notificada de la demanda, no dio contestación a la misma en el plazo respectivo (Exp. Digital, archivo 22, pág. 1).

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 9 de noviembre de 2022, decidió la controversia así:

PRIMERO. Se DECLARA LA INEFICACIA DEL TRASLADO efectuado por la señora CLARA INÉS ZULUAGA ORREGO identificada con C.C. 43.034.319, a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y por ende la movilidad entre administradoras, concretamente con PROTECCION S.A, como se dijo en las motivaciones.

SEGUNDO. SE ORDENA a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, efectuar el traslado inmediato de todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, con los rendimientos que se hubieren causado, las cuotas de administración debidamente indexadas, primas de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con cargos a sus propios recursos y por el tiempo que la demandante realizó aportes en dicha administradora. E incluido los valores constitutivos de bono pensional en el evento que se hayan redimido y en el evento de que no estén se deberá hacer en momento pertinente.

TERCERO. SE ORDENA a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, efectuar el traslado inmediato de las sumas adicionales de la aseguradora y cuotas de administración debidamente indexadas por el tiempo en que la demandante estuvo a filiada a dicha administradora, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, según se explicó en las consideraciones de la presente providencia.

CUARTO. SE ORDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, reactivar la afiliación de la parte actora, recibir las sumas indicadas y continuar como su administradora de pensiones, según se dijo en la parte motiva.

QUINTO. SE CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora CLARA INÉS ZULUAGA ORREGO, identificada con C.C. 43.034.319, en el numero de 13 mesadas pensionales al año la pensión de vejez , la que deberá liquidar con base en la totalidad de aportes sufragados por la demandante, para lo cual deberá actualizar la historia laboral y de conformidad con los parámetros establecidos en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, lo deberá realizar una vez PROTECCIÓN S.A. realice el traslado de los dineros ordenados en este proveído así como COLFONDOS S.A, teniendo como fecha inicial del disfrute de la prestación la fecha de la última cotización efectuada por la demandante al sistema general de pensiones o la fecha en que se presente la novedad de retiro, se indexará las mesadas en caso de generarse algún retroactivo e igualmente en ese caso del pago del retroactivo mencionado se autoriza el descuento en salud a que haya lugar, según se dijo de manera antecedente.

SEXTO. SE ABSUELVE la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las restantes pretensiones incoadas en su contra por la señora CLARA INÉS ZULUAGA ORREGO identificada con C.C. 43.034.319.

SÉPTIMO. SE DECLARA IMPROBADA la excepción de prescripción y las demás quedaron implícitamente resueltas como meras oposiciones.

OCTAVO. SE CONDENA EN COSTAS a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN SA y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS por resultar vencidas en juicio de conformidad con el art. 365 del CGP. Las agencias en derecho a ser incluidas en la liquidación de costas quedarán fijadas en la suma de un salario mínimo a cargo de cada una de las entidades del RAIS (ACUERDO No. PSAA16-10554). Sin costas para Colpensiones.

NOVENO. Sea o no apelada la presente decisión, remítase el expediente ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Medellín, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Inconforme con la decisión, interpusieron recurso de apelación los apoderados de la demandante y Protección S.A. En lo esencial, el primero de estos solicita, de un lado que en el reconocimiento de la pensión de vejez, debe señalarse una tasa de reemplazo del 80%, independientemente del posible IBL que se pudiere deducir, ya que la demandante tiene más de 1800 semanas cotizadas; y del otro, que se reconozcan los intereses moratorios, pues en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se consagra un criterio objetivo para su reconocimiento, esto obviamente si para el momento de la ejecutoria de la decisión ya ha dejado la señora Zuluaga de cotizar. Por su parte, la apoderada de Protección S.A., objeta básicamente la orden de devolución de los dineros descontados para el Fogafín, pues sostiene, en síntesis, que con base en el artículo 163 de la Ley 1450 de 2011, las administradoras de pensiones ya no hacen estos descuentos, y las sumas que engrosaron este ítem en un pasado, se daban con aportes exclusivos de la administradora y fueron remitidas al Tesoro Nacional.

En el término pertinente, las partes presentaron sus alegaciones de segunda instancia, con argumentos semejantes a los expuestos en las etapas procesales transcurridas en primer grado

CONSIDERACIONES

La Sala restringirá su estudio a los puntos objeto de apelación planteados por los apoderados de la demandante y Protección S.A., atendiendo a lo establecido en los artículos 57 de la Ley 2 de 1984 y 35 de la Ley 712 de 2001, y que apuntan en lo fundamental a la ineficacia reconocida y a los rubros a devolver. Aquellas condenas u órdenes impuestas a la administradora del sector público, que no fueron apeladas y que puedan entenderse como desfavorables a sus intereses, se estudiarán por el grado de la consulta, atendiendo a las directrices que al respecto ha dado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Fuera de toda discusión, por existir plena prueba de ello, está que la demandante nació el 7 de junio de 1960 (archivo 02 pág. 56 y archivo 09 pág. 34); que estuvo afiliada inicialmente al I.S.S., hoy Colpensiones, y más concretamente a partir del 19 de febrero de 1985 (archivo 09 pág. 34); que se trasladó al RAIS, inicialmente a Colfondos S.A. a partir del 7 de octubre de 1998 (archivo 02 pág. 9) y posteriormente, dentro de ese mismo régimen, se trasladó el 26 de noviembre de 2004 a Protección S.A. (archivo 02 pág. 46), AFP en la cual se encuentra actualmente vinculada.

Con estos presupuestos, en el contexto de los hechos y pretensiones de la demanda, y por supuesto de lo que debe estudiarse como consecuencia de los recursos interpuestos y del grado de la consulta, el problema jurídico básico a esclarecer es si el **traslado inicial** de la demandante del RPMPD al RAIS fue o no ajustado a la ley, y en caso de que no lo hubiere sido, analizar si hay lugar o no a la devolución de aportes, rendimientos y demás ítems. Esto implica establecer, entre otros asuntos, si la voluntad de la actora al momento de trasladarse del RPMPD al RAIS estuvo afectada por un vicio en el consentimiento o conducta antijurídica semejante.

Para estos fines, **y dado el poder vinculante de la jurisprudencia de las altas Cortes**, entre otras razones porque una de sus funciones esenciales es la de velar por la unidad e integridad del ordenamiento jurídico (art. 86 del CPTSS y 333 del CGP), criterio que ha destacado la Corte Constitucional en muchas de

sus decisiones (véase entre otras la C 539 de 2011 y la SU 354 de 2017), la Sala estima del caso hacer referencia textual a algunos apartes de la sentencia dictada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia el 8 de mayo de 2019 (SL1688-2019, Rad. 68838, ratificada, entre otras, en las sentencias SL1741-2021, SL1743-2021 y SL1942-2021), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, además de una adecuada sustentación, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros, **y que le dan respuesta adecuada, de manera directa o indirecta a los distintos puntos que habrán de estudiarse en esta providencia, en especial al de determinar si la decisión de la falladora de primer grado puede o no avalarse.** Sobre el deber de información, en ésta quedó dicho:

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales Y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales

Deber información, asesoría y de buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber información, asesoría, buen de consejo y doble asesoría.	1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo

desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, se dijo:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ Sl. 19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un

formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario[...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

En materia de carga de la prueba del deber de información, se razonó en los términos siguientes:

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

Y por último, en cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho:

“Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., 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:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.º de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, 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.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f.º 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

Con sustento en estos presupuestos, este juez colegiado comparte la decisión proferida por la *a quo* en este aspecto de la ineficacia, de ahí que habrá de confirmarse el fallo en este sentido, pues basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la AFP inicial, en este caso COLFONDOS S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que le debió brindar a la señora ZULUAGA ORREGO en el traslado que realizó en el mes de octubre de 1998, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales - hoy Colpensiones- sin que para el efecto el registro de VOLUNTAD DE AFILIACIÓN, que da cuenta el documento inicialmente reseñado, tenga alcance alguno, por las razones que precedentemente quedaron expuestas, y mucho menos las precarias explicaciones que dio la demandante en el interrogatorio de parte que se le practicó.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual, esto es, PROTECCIÓN S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD no solo todos los dineros de la cuenta de ahorro individual, incluyendo sus rendimientos, sino también los dineros descontados por gastos de administración, seguros previsionales y Fondo de Garantía de Pensión Mínima retenidos o deducidos por los períodos en que tuvo a la demandante como su afiliada, estos últimos debidamente indexados al momento del pago, tal como en parte se ordenó en la providencia recurrida. Igual devolución deberá hacer COLFONDOS S.A., por el período de tiempo en que la demandante fue su afiliada, a Colpensiones, en lo que concierne a descuentos que hubiese hecho en lo relacionado con gastos o comisiones de administración, seguros previsionales y Fondo de Garantía de Pensión Mínima, igualmente indexados. A este respecto, sea del caso tener presente lo que afirmó la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174:

“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Y de manera más precisa, en cuanto a todos los conceptos antes anotados, esta misma Corporación en sentencia del 29 de julio de 2020 (SL 2877 2020, Rad. 78667), expresó:

“En el sub lite, 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. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado

por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal (negrilla fuera del texto).

En igual sentido puede verse la SL4803-2021 (Rad. 88879) del 20 de octubre de este año 2021, en la cual de manera expresa y directa se refirió a la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, cuotas de administración, comisiones y descuentos para los seguros de invalidez y sobrevivencia. Se adicionará sí, que las devoluciones ordenadas deberán realizarse en los términos del artículo 2.2.2.4.8. del decreto 1833 de 2016.

Con lo dicho, se estima que le asiste toda la razón a la apoderada de Protección S.A., cuando cuestiona la orden de reintegrar los descuentos al Fogafín, no solo porque no existe prueba de que estos se hubieren deducido de las cotizaciones que realizó el demandante, sino porque estos fueron derogados por el artículo 163 de la Ley 1450 de 2008¹.

Por tanto, estos puntos del fallo de primer grado se habrán de modificar, revocar y adicionar, en lo pertinente, eso sí, con la precisión que la devolución de los dineros se deberá hacer por parte de las administradoras condenadas a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, pues esta Sala ha sido del parecer que es aplicable el término establecido en el artículo 16 del Decreto 692 de 1994.

Las excepciones de mérito propuestas, estuvo bien que no se declararan probadas: unas por no envolver hechos extintivos o modificativos de los derechos reconocidos, entre ellas las de validez de la afiliación, inexistencia de la obligación y buena fe; y otras, como la de prescripción, incluyendo en esta la que apunta a la prescripción de algunas de las cuotas de administración descontadas, por estar comprometido en su conjunto un derecho pensional, que como bien se sabe, no puede verse afectado por este medio exceptivo. En la sentencia inicialmente citada se anotó:

¹ **ARTÍCULO 163. Garantía de Fogafín y Fondo de Garantía de Pensión Mínima.** Elimínese la garantía de FOGAFÍN a las Administradoras de Cesantías y a las de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la obligación a las Aseguradoras de inscribirse en el Fogafín. Las reservas existentes se trasladarán al Tesoro Nacional dada la condición de garante que tiene la Nación en ambos sistemas.

“Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esta vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que <<el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión>>.

Hay que mencionar que así como la declaración de ineficacia es imprescriptible, los derechos que nacen de ello también tienen igual connotación. En efecto, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de orden irrenunciable, premisa que implica al menos dos cosas: no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular (inalienable e indisponible), como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable). En este sentido, la jurisprudencia del trabajo ha sostenido que el derecho a la pensión o a obtener su valor real, puede ser justiciado en todo tiempo. (CSJ SL8544-2016).

En lo que atañe a la pensión de vejez, incluyendo en este punto los reparos que plantea el apoderado de la demandante en la sustentación del recurso, baste decir para mantener la decisión en los términos en que se decidió, que en el proceso aparece claro e indiscutido que la demandante reúne los requisitos de edad y monto de semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones para ser titular de la prestación, pero de esto no puede decirse que se tienen los elementos para señalar la tasa de reemplazo, pues a más que la demandante sigue cotizando al Sistema de Pensiones, tal como ella misma lo acepta en el interrogatorio de parte que se le formuló, lo que significa que no se ha dado ni el retiro ni la desafiliación, en definitiva el número exacto de semanas cotizadas solo podrá obtenerse cuando Protección S.A. reintegre los dineros correspondientes y se haga su conversión en semanas por parte de Colpensiones.

La preocupación que embarga al apoderado recurrente, consistente en que si no se fija la tasa de reemplazo puede generarse un nuevo proceso, con la posibilidad de que se alegue una cosa juzgada, es infundada, pues el punto no ha sido discutido ni planteado en esta litis, lo que conllevaría a que no se podría

dar por acreditada la identidad de causa respectiva (art. 303 del CGP), a más de que si se fijare ese, la decisión sería manifiestamente incongruente y trasgresora de lo establecido en el artículo 281 del CGP.

En lo que respecta a los intereses moratorios que consagra el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, solo baste destacar que en los términos condicionados en que se reconoció este derecho prestacional, y que fue: “... *lo deberá realizar una vez PROTECCIÓN S.A. realice el traslado de los dineros ordenados en este proveído así como COLFONDOS S.A, teniendo como fecha inicial del disfrute de la prestación la fecha de la última cotización efectuada por la demandante al sistema general de pensiones o la fecha en que se presente la novedad de retiro ..*”, jamás puede afirmarse que existe mora, y si llegare a existir en un futuro, su discusión, al igual que en la anterior objeción, sería en un nuevo proceso.

No existiendo otros puntos que resolver, y con lo dispuesto en materia de los conceptos a devolver por parte de las AFPs privadas en las cuales estuvo afiliada la demandante y el plazo, habrá lugar a confirmar la sentencia de primer grado venida en apelación y consulta.

Sin costas en la instancia, dada la manera como se decidió en definitiva la controversia. (art. 365 del CGP).

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA el fallo de primera instancia**, salvo en cuanto a los conceptos a devolver y su plazo, puntos que se **REVOCAN**, **MODIFICAN** y **ADICIONAN**, en el sentido que tanto COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS como PROTECCIÓN S.A., deberán devolver a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, única y exclusivamente los descuentos que realizaron en las cotizaciones de la señora CLARA INES ZULUAGA ORREGO en el período en que estuvo a ellas

vinculada, por motivo de **comisiones de administración, seguros previsionales y Fondo de Garantía de Pensión Mínima**, los cuales se deberán indexar al momento del pago, tal como quedó anotado en la parte motiva de esta providencia. Las devoluciones referidas deberán cumplir con las exigencias establecidas en el artículo 2.2.2.4.8. del Decreto 1833 de 2016.

Sin costas en la instancia.

Notifíquese la presente decisión por EDICTO.

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES

VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO
SIN FIRMA POR PERMISO AUTORIZADO



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL**



**SECRETARÍA
EDICTO**

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Radicación:	05001310501820200024301
Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	CLARA INES ZULUAGA ORREGO
Demandado:	A.F.P. PROTECCION S.A.
M. P.	CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES
Fecha de fallo:	29/03/2023
Decisión:	CONFIRMA MODIFICA REVOCA Y ADICIONA

El presente edicto se fija por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibídem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 30/03/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario