



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN
SALA QUINTA DE DECISION LABORAL

Proceso: Ordinario Laboral Primera Instancia
Radicación: 05001-31-05-005-2018-00946-01
Demandante: Rubén Darío Vega Guzmán
Demandado: Colpensiones y Protección S.A.
Asunto: Apelación y Consulta Sentencia
Procedencia: Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín
Ponente: Sandra María Rojas Manrique
Temas: INEFICACIA AFILIACION- PENSION VEJEZ

Medellín, julio trece (13) de dos mil veinte (2020)

En la fecha, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO, CARLOS JORGE RUÍZ BOTERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como Magistrada Sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del decreto legislativo 806 de 2020, a decidir el recurso de apelación interpuesto por Protección S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín el 14 de noviembre de 2019, en el proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor RUBÉN DARÍO VEGA GUZMÁN en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Radicado 05001-31-05-005-2018-094601

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor RUBÉN DARÍO VEGA GUZMÁN, instauró ante los Juzgados Laborales del Circuito de Medellín, demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., pretendiendo se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se ordene a Protección S.A., trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes efectuados, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración. Igualmente, solicita, se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 12 de agosto de 2017, con los respectivos intereses de mora, como lo establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o subsidiariamente la indexación de las condenas. Finalmente, en caso de que dichas pretensiones no prosperen se condene a Protección al reconocimiento de la pensión de vejez, en el valor equivalente a lo que hubiera correspondido en el Régimen de Prima Media, con sus intereses moratorios o subsidiariamente la indexación.

Para sustentar fácticamente los anteriores pedimentos, se adujo en resumen, que el actor nació el 12 de agosto de 1955, que fue afiliado al ISS en el año 1985, que el 26 de mayo de 2005, suscribió formulario de afiliación a la AFP Santander hoy Protección S.A., que al momento de dicha afiliación la AFP Santander no suministró información al actor sobre la edad mínima para pensionarse, el capital que debía acreditar, la fecha de redención del bono pensional, ni las diferencias entre la mesada pensional que recibiría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la del Régimen de Prima Media, adicionalmente, no le brindó re asesoría antes de cumplir los 52 años de edad, de otro lado, aduce que el accionante ha cotizado 1527.17 semanas en toda su vida laboral y que el 3 de septiembre de 2018, solicitó a Colpensiones tener como ineficaz o nula su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la activación de la afiliación y el reconocimiento de la pensión de vejez.

1.2.- CONTESTACIÓN

COLPENSIONES dio respuesta al libelo introductorio, oponiéndose a las pretensiones, de los hechos admitió la edad del demandante, la afiliación al ISS y la petición de activación de la afiliación y reconocimiento de pensión de vejez, afirmando que no le constan los demás hechos por tratarse de situaciones ajenas a Colpensiones.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de reconocer la afiliación al RPM por falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia de la obligación de traslado de régimen por no existir vicio o nulidad alguna en la afiliación; imposibilidad de pagar pensión de vejez; inexistencia del pago del retroactivo pensional; inexistencia de la obligación de pagar intereses moratorios; improcedencia de la indexación; devolución de aportes debidamente indexados; compensación; descuentos del retroactivo por salud; prescripción; imposibilidad de condena en costas y la excepción genérica.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., se pronunció frente a la demanda, oponiéndose igualmente a las pretensiones, refirió que es cierta la fecha de nacimiento del demandante, el traslado realizado a Protección S.A., el número de semanas cotizadas, que no le consta la afiliación del accionante al Régimen de Prima Media, ni que hubiera solicitado a Colpensiones la activación de la afiliación y el reconocimiento de la pensión de vejez, igualmente, afirmó que no es cierto que no se haya dado una debida información al actor al momento del traslado, teniendo en cuenta que los asesores de la entidad son capacitados permanentemente y cuentan con el conocimiento técnico y lealtad moral suficiente, para orientar a los posibles afiliados sobre todas las condiciones propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y explicar sus características.

Para enervar las pretensiones formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal; aprovechamiento indebido de los recursos

públicos y del sistema general de pensiones; prescripción; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante sentencia proferida el catorce (14) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de traslado del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por falta de consentimiento informado, declaró que la afiliación del actor al Régimen de Prima Media con Prestación Definida no ha tenido solución de continuidad, condenó a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria del fallo, los aportes efectuados por el demandante, incluidos frutos, rendimientos financieros y cuotas de administración, condenando a Colpensiones a recibir dichos aportes y tenerlos en cuenta como semanas cotizadas. Asimismo, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar al accionante la pensión de vejez causada a partir del 12 de agosto de 2017, con derecho al disfrute a partir del 20 de noviembre de 2017, reconociendo como retroactivo pensional al 31 de octubre de 2019, la suma de \$77.524.538, condenó a Colpensiones a continuar reconociendo a partir del 1º de noviembre de 2019, una mesada pensional en cuantía de \$3.125.619, ordenó la indexación de las mesadas pensionales, autorizó el descuento por salud y condenó en costas a Protección S.A.

1.4. RECURSOS

Protección S.A.

La señora apoderada de Protección S.A., interpone el recurso de apelación contra la sentencia, solicitando se revoque parcialmente el fallo condenatorio, en el numeral 3º, respecto de la devolución de cuotas o comisión de administración, teniendo en cuenta que la entidad ha administrado los dineros depositados en la

cuenta de ahorro individual, gestión que se realizó con diligencia y cuidado, adicionalmente dicha gestión se ve evidenciada en los rendimientos financieros que generó la cuenta de ahorro individual del demandante.

Sostuvo que en el presente evento, no es procedente la devolución de los rendimientos financieros generados por la buena gestión de Protección S.A, toda vez que son comisiones ya causadas en el tiempo de duración del mandato, aduciendo que la consecuencia jurídica de la ineficacia de la afiliación, es que las cosas vuelvan a su estado anterior, por lo que se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y que Protección S.A., nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, ni los rendimientos que produjo dicha cuenta se causaron, ni se debió causar una cuota de administración, sin embargo, atendiendo a la analogía que se trae desde la normatividad civil a este tipo de proceso, el artículo 1746 del CC, habla de las restituciones mutuas, intereses frutos y abonos en las mejoras, y con base en esto, debe entenderse que aunque se declara la ineficacia de la afiliación y se haga la ficción de que no existió un contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos o mejoras, producto de la buena gestión de la AFP, la cual debe conservarse, por lo que solicita, se valore estricta y completamente las restituciones mutuas y no se realice entonces una consideración parcializada de las consecuencias jurídicas de la ineficacia de la afiliación, igualmente aduce que frente a estos conceptos se podría hablar de la existencia de una prescripción parcial.

Colpensiones

Solicita la apoderada, se analice nuevamente lo referente a la imposibilidad de traslado de régimen impuesta por el legislador en el artículo 2 de la Ley 794 de 2003, con su modificación, que indica que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir la pensión, supuesto que se encuadra en el caso concreto, en el cual ante la imposibilidad de un traslado por el desinterés de la parte, se interpone como último mecanismo la demanda través de la figura de la ineficacia, debiéndose declarar que el único interés recae sobre el beneficio económico que se puede obtener en el régimen de

Prima Media al momento de pensionarse, lo que claramente no es un fundamento legal para que se concedan las pretensiones invocadas, siendo también importante resaltar que el desconocimiento de la Ley no lo excluye de responsabilidad y no se logró probar que hubiese un engaño o coacción por parte de los asesores del fondo privado.

En caso de confirmarse la decisión, solicita sea modificada la misma, ordenando a la AFP devolver todas las deducciones efectuadas de las cotizaciones realizadas por el demandante, incluso de su propio patrimonio. Solicita igualmente, se revoque el reconocimiento de la pensión de vejez, por cuanto Colpensiones no ha tenido la oportunidad de verificar el cumplimiento de los requisitos por parte del demanda, como es incluso el retiro efectivo del sistema, teniendo en cuenta que el actor dejó de cotizar, más no se retiró definitivamente del sistema para ser acreedor del retroactivo pensional, debiéndose permitir a Colpensiones verificar el cumplimiento de la totalidad de los requisitos y así mismo, verificar que una vez Protección S.A., devuelva todos los aportes estos no afecten el número de semanas del afiliado, así mismo, se revise las operaciones matemáticas y aritméticas realizadas por el Juzgador de primera instancia, en tanto que en esta oportunidad no existe la posibilidad de realizarlo de la manera minuciosa que se debería.

1.5. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal presentaron alegatos de conclusión los apoderados de Colpensiones y la parte demandante. Está última solicita se confirme la sentencia, toda vez que la AFP no le brindó al demandante una información clara, suficiente y veraz al momento de su vinculación, lo que torna ineficaz el traslado, de acuerdo con las normas aplicables al caso, el criterio jurisprudencial vigente y el material probatorio recaudado. La entidad pública, por su parte, reitera los argumentos que sustentan el recurso de apelación para solicitar la revocatoria del fallo o en subsidio se ordene al fondo privado la devolución de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en razón a la afiliación que se está declarando sin efectos.

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

Inicialmente, debe advertirse que la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, entendiendo que las partes quedaron conformes con los demás aspectos decididos; de conformidad con el artículo 57 de la Ley 2ª de 1984; los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

De igual forma, procede la consulta, en favor de Colpensiones, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social que dispone *“También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren totalmente adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante. En este último caso se informará al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior.”*

2.2.- HECHOS ESTABLECIDOS EN EL TRÁMITE DE LA INSTANCIA

Quedaron acreditados en el trámite del proceso y no son objeto de controversia los siguientes hechos

- Que el demandante nació el 12 de agosto de 1955 (véase folio 15)
- Que el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Santander hoy Protección S.A., el 26 de mayo de 2005 efectivo al 1º de julio de la misma anualidad (véase folios 117 y 120).

- Que el accionante ha cotizado un total de 1527.57 semanas en toda su vida laboral, conforme al consolidado de historia laboral obrante a folio 122, generada el 14 de marzo de 2019.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe la Sala determinar:

¿Se encuentra ajustada a derecho la sentencia objeto apelación y consulta proferida en el presente proceso por el señor Juez Quinto Laboral del Circuito de Medellín, verificando si es ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Protección S.A., efectuado por el demandante el 26 de mayo de 2005?

En caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia establecer ¿Si debe ordenarse a Protección S.A. trasladar a Colpensiones las cuotas de administración, aportes al Fondo de Garantía Mínimas, cuotas de seguros previsionales y los rendimientos financieros generados en vigencia de la afiliación?

¿Si el demandante acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme a la ley 797 de 2003?

2.4. TESIS

Los problemas jurídicos enunciados, se resuelven bajo la tesis según la cual, i) es ineficaz el acto de traslado efectuado por el demandante, ii) deben trasladarse la totalidad de los conceptos que afectaron el monto de la cotización obligatoria y (iii) el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez; por lo tanto, la sentencia debe ser ADICIONADA, en el numeral tercero cuanto a los conceptos que deben ser trasladados y CONFIRMADA en lo demás, como se explica.

2.5.- PREMISAS NORMATIVAS

El modelo pensional adoptado en Colombia a través de la ley 100 de 1993, permitió la concurrencia de dos regímenes pensionales, excluyentes, el régimen público de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado. (artículo 12)

El Régimen de Prima Media con Prestación Definida está caracterizado en los artículos 31 y 32 de la ley 100 de 1993, como un régimen en el cual las prestaciones que obtienen los afiliados o sus beneficiarios están previamente definidas por el legislador, donde los aportes de todo los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública, con el cual se financia las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia y en el cual el Estado es quien tiene a su cargo la garantía de las pensiones a que se hacen acreedores los afiliados en este régimen, que se concreta a través del subsidio estatal.

Por su parte, el Régimen de Ahorro Individual, tal como lo define el artículo 59 del estatuto general de pensiones, está fundamentado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, el reconocimiento de la pensión y el monto de la misma está determinado por el capital acumulado, que debe ser el necesario para financiar una pensión mensual, superior al 110 % del salario mínimo legal mensual vigente para 1994 y reajustado anualmente según la variación porcentual de IPC. La solidaridad opera en relación con la garantía de la pensión mínima legal, que da derecho a que el Estado complete la parte que haga falta para financiar una pensión mínima de vejez.

En este contexto de dualidad, el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, establece como característica del sistema general de Pensiones la libertad de selección de régimen en los siguientes términos *“la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para el*

efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1° del artículo 271 de la presente ley”

A su vez el artículo 271 ibidem establece que : *“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud^{<1>} en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.* (subraya de la Sala)

El deber de brindar información completa, comprensible y veraz de las administradoras de Fondos de Pensiones, es consustancial a la actividad de estas entidades de carácter financiero y así fue establecido desde la vigencia misma del Régimen de Ahorro Individual, por el artículo 97 del estatuto financiero vigente para la época, decreto 663 de 1993, el artículo 4 del decreto 656 de 1994 y los artículos 10 y 12 del decreto 720 de 1994.

Posteriormente, el legislador ha regulado el contenido de la información que debe ser brindada a los potenciales afiliados, por parte de los Fondos de Pensiones; véase la ley 1328 de 2009, el decreto reglamentario 2555 de 2010, la ley 1748 de 2014, el decreto 2071 de 2015 y la circular 016 de abril 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera, dentro del cual se incluye las reglas de funcionamiento, ventajas y desventajas de ambos regímenes, el análisis de la situación particular del afiliado, proyecciones financieras de la futura pensión y la obligatoriedad de la doble asesoría para eventos de traslado.

En esta misma dirección, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha consolidado una línea jurisprudencial reiterada y uniforme, en torno al deber permanente e ineludible de información que concierne a las administradoras

pensionales, como condición de eficacia del traslado de régimen; según la cual la afiliación desinformada produce la ineficacia del acto; correspondiendo a las AFP la carga probatoria de demostrar que entregaron al afiliado la información objetiva sobre la actividad de cada uno de los regímenes pensionales, para obtener un verdadero consentimiento.

Dan cuenta del precedente en referencia, los siguientes pronunciamientos:

Sentencia	Línea Jurisprudencial
SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008	FUNDADORA Se produce la nulidad del traslado de régimen pensional por incumplimiento del deber de información, es insuficiente el formulario de vinculación para acreditar el consentimiento informado Inversión de la carga de la prueba hacía las Administradoras de Pensiones
SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008	FUNDADORA
SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011	CONFIRMATORIA
SL31314 del 06 de diciembre de 2011 de instancia.	CONFIRMATORIA
SL, SL12136 Rad 46292 del 03 de septiembre de 2014	La sanción del acto de traslado cuando se incumple el deber de información lo es la INEFICACIA del acto de traslado, de conformidad con el artículo 271 de la ley 100 de 1993.
SL 19447(47125) del 27 de septiembre de 2017	Debe acreditarse el cumplimiento del deber de información encontrándose o no la persona bajo en el régimen de transición.
SL 17595-2017 (46922) del 18 de octubre de 2017	CONFIRMATORIA
SL413 (52704) del 21 de febrero de 2018	CONFIRMATORIA La afiliación o traslado de régimen pensional no es dable deducirlo en todos los casos con el simple diligenciamiento, firma y entrega del formulario de afiliación.
SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018	CONFIRMATORIA Las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no son suficientes para acreditar el cumplimiento del deber de información, quien debe probar la diligencia y cuidado es el Fondo de Pensiones, quien estaba obligado a emplearla.
SL4989-(47125) del 14 de noviembre de 2018.	CONFIRMATORIA Ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información Inversión de la carga de la prueba hacía las Administradoras de Pensiones
SL 1452 (68852) del 03 de abril de 2019	ACLARATORIA El deber de información es permanente y aunque ha tenido distintas fases en su regulación normativa, ha sido siempre ineludible. No se requiere una situación consolidada ni ser beneficiario de un régimen de transición para la aplicación del

	precedente.
SL1421 (56174) del 10 de abril de 2019	CONFIRMATORIA –
SL1688 (68838) del 08 de mayo de 2019	CONFIRMATORIA- Imprescriptibilidad de la Acción La información debe ser entregada de manera oportuna y por lo tanto la ineficacia debe ser evaluada respecto a la asesoría inicial, sin que se produzca su saneamiento en virtud de las reasesorías posteriores
SL1689 (65701) del 08 de mayo de 2019	CONFIRMATORIA-
SL3464 (76284) del 14 de agosto de 2019	CONFIRMATORIA-
SL4360 (68852) del 09 de octubre de 2019	CONFIRMATORIA-
SL4426 (79167) del 16 de octubre de 2019	CONFIRMATORIA La transparencia es una norma de dialogo, que impone dar a conocer al afiliado toda la verdad objetiva de los regímenes.

A ella se suman sentencias de las distintas Salas de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tales como: SL782 del 14 de marzo de 2018, SL 3496 del 22 de agosto de 2018, SL361 del 13 de febrero de 2019, SL4933 del 30 de octubre de 2019, SL4937 del 13 de noviembre de 2019, SL5144 del 20 de noviembre de 2019, SL373 del 12 de febrero de 2020, SL600 del 25 de febrero de 2020, SL881 del 10 de marzo de 2020 y SL985 del 18 de marzo de 2020.

De acuerdo con la ratio decidendi de las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es indiscutible que, para resolver el problema jurídico atinente a la validez o eficacia de las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debe aplicarse las dos subreglas principales establecidos por el máximo Tribunal de la jurisdiccional ordinaria laboral, esto es i) el deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones y ii) la inversión de la carga de la prueba, que les traslada la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

2.6.- CASO CONCRETO

En el caso concreto, se establece el traslado de régimen pensional del demandante a través de Pensiones Santander hoy Protección S.A., conforme al

formulario de vinculación suscrito el 26 de mayo de 2005, con fecha de efectividad del 1° de julio de la misma anualidad, obrante a folios 117 del expediente, no obstante, el mismo no da cuenta de información que fue brindada a la accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia “ Justicia “*La firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones es insuficiente para dar por demostrado el deber de información, pues además de ello, la entidad administradora de pensiones tiene el deber ineludible de obtener del afiliado un consentimiento informado* –(sentencia SL1688 de 2019); por ello no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del decreto 692 de 1994.

Aunado a lo anterior, no existe medio de convicción alguno a partir del cual pueda establecerse que Protección S.A., cumplió con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada del afiliado, sobre las implicaciones de su traslado.

No se deriva confesión del interrogatorio practicado al accionante, pues el mismo expresó que es químico, que la motivación para el traslado fueron las dificultades que tenía el ISS y los rumores de que se iba a acabar y que se quedarían desprotegidos, que fue un representante cree que era de Pensiones Santander, a su lugar de trabajo y les dijo que con ellos no habría problema porque se pensionarían exactamente igual a como sería en el ISS, que no les dijo nada más, que lo único que el único tema que se trató es que había un boom de noticias del ISS, que no le hablaron de aportes voluntarios, ni de pensión anticipada, tampoco de heredabilidad y finalmente indicó que no fue presionado para firmar le formulario de afiliación.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que dé cuenta de la información que brindó Protección S.A. al demandante no es posible una decisión distinta a la que adoptó el funcionario de primer grado.

Traslado de Gastos de Administración

Encuentran sustento jurídico las condenas impuestas a Colpensiones de validar la afiliación del demandante y recibir los dineros que deben ser trasladados por Protección S.A., por cuanto la ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, como si no hubiese existido, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado los gastos de administración, las cuotas de seguros previsionales, ni los aportes al Fondo de Garantía Mínima, teniendo en cuenta que estos afectaron el valor de la cotización del accionante y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones quedan sin causa jurídica, debiéndose trasladar el aporte completo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida para garantizar el financiamiento de la futura pensión del actor.

No puede afectarse, además, el fondo común de naturaleza pública del Régimen de prima Media con Prestación Definida, con la disminución de la cotización en favor de Protección S.A., teniendo en cuenta, que fue la entidad quien dio lugar a la sanción del acto jurídico en virtud del incumplimiento al deber de información, por lo tanto, deben asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

De otra parte, los rendimientos generados mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad del demandante y no del Fondo, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, conforme al literal b) del artículo 32 de la ley 100 de 1993, dado que el fondo común también se integra por rendimientos de las cotizaciones de los afiliados y por consiguiente no pueden compensar los gastos administrativos, ni es posible para Protección S.A., retener unos dineros que no hacen parte de su patrimonio.

Los aportes al Fondo de Garantía Mínima, cuya aplicación es exclusiva del Régimen de Ahorro Individual, deben ser trasladados conforme al artículo 7 del decreto 3995 del 2008 y las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, destacando que la diferencia entre el ahorro y la cotización cuando se trata de traslado permitido legalmente debe ser asumida por el afiliado, no así cuando, como en el sub lite, se trata de la sanción al acto jurídico por incumplimiento de la AFP al deber de información.

Ahora bien, en cuanto a los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación, generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación también deben ser trasladados, sin que se afecten los pagos efectuados a las respectivas aseguradoras, en tanto estos valores deben ser asumidos directamente por la A.F.P.

La orden de traslado impartida por el fallador primario se encuentra parcialmente ajustada a los anteriores criterios, por lo tanto, debe adicionarse el numeral tercero del fallo, para ordenar también el traslado de los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales.

Pensión de Vejez

Es claro en el presente caso, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición pensional, de ahí que desde el escrito de demanda se solicita el reconocimiento de la pensión de vejez conforme las disposiciones consagradas en el Ley 797 de 2003.

Así las cosas, la norma a aplicar es el artículo 9 de la citada norma, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, debiendo contar el demandante con 62 años de edad, los cuales cumplió el 12 de agosto de 2017, pues nació el mismo mes y día de 1955 y acreditar 1300 semanas cotizadas, advirtiendo como del consolidado de historia laboral obrante a folio 122 del plenario, se tiene que el señor Rubén Darío Vega Guzmán, cotizó un total de 1527.57 semanas en toda su vida laboral, cumpliendo las exigencias legales para acceder a la prestación deprecada, advirtiendo que no tiene vocación de prosperidad el recurso presentado por la apoderada de Colpensiones, en cuanto solicita se revoque el reconocimiento de la pensión, a fin de que Colpensiones pueda verificar el cumplimiento del actor, en tanto que, la observancia de los mismos fue analizada en primera instancia por el Juez y en esta oportunidad por esta Colegiatura, no

existiendo duda alguna, que el actor satisface los requisitos para hacerse acreedor a la pensión como ya quedó indicado.

Ahora bien, atendiendo a la solicitud de revisión de las operaciones y cálculos realizados por el fallador de primer grado e igualmente bajo la égida de la consulta, procede la Sala a liquidar el IBL del accionante, encontrando que el IBL más favorable, que corresponde al de los últimos 10 años asciende a \$4.217.794, suma que resulta coincidente con la del Juzgado de primera instancia, \$4.217.766. En cuanto a la tasa de reemplazo, la misma es del 68.65% ($65.5\% - (0.5 \times 5.71) + 6\%$ por superar las semanas mínimas requeridas = 68.65%) para una mesada pensional de \$2.910.258 para el año 2017, encontrando ajustados los cálculos efectuados por el a quo, estando igualmente correcto el retroactivo pensional liquidado, como también se encuentra acertada la imposición del pago de la indexación de las mesadas pensionales, como factor de actualización de las condenas.

Por las consideraciones anteriores la sentencia objeto de apelación y consulta se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico y debe ser ADICIONADA en el numeral tercero y CONFIRMADA en lo demás. Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A.

3. DECISION

En consonancia con lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA

1.- Se **ADICIONA** el numeral 3° de la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado Quinto Laboral de Circuito de Medellín, en el proceso ordinario instaurado por el señor RUBÉN DARÍO VEGA GUZMÁN en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., en el sentido de condenar a PROTECCIÓN S.A., a trasladar **también** a COLPENSIONES, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y los porcentajes descontados por seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria mientras estuvo vigente la afiliación del accionante.

2.- Se **CONFIRMA** la sentencia en los demás numerales.

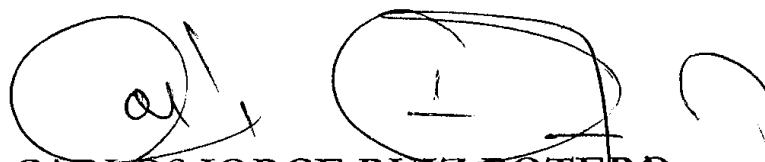
3.- **COSTAS** en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., se fijan agencias en derecho en la suma de \$877.803 pesos M/L

4.- Se ordena la devolución del expediente al Juzgado de origen.

El fallo anterior se notifica por ESTADOS, de conformidad con el artículo 295 del Código General del Proceso.

Los Magistrados,


SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE


CARLOS JORGE RUIZ BOTERO


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

La presente sentencia fue notificada por estado No. 090 fijado en la secretaría de la sala del Tribunal Superior de Medellín, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.) del 14 de julio de 2020.

RUBEN DARIO LOPEZ BURGOS
Secretario