



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-003-2017-00677-01
Demandante:	Ana María López Palacio
Demandado:	Colpensiones y Protección S.A
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Tercero Laboral del Circuito
Magistrada ponente:	Dra. Sandra María Rojas Manrique
Tema:	INEFICACIA AFILIACIÓN AÑ RAIS

Medellín, trece (13) de julio 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 CARLOS JORGE RUIZ BOTERO, VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE, como magistrada sustanciadora, procede, conforme a lo dispuesto en el decreto legislativo 806 de 2020, a decidir los recursos de apelación interpuestos por los señores apoderados de la parte demandante y de Protección S.A, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, el 24 de febrero del 2020, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por la Señora ANA MARÍA LÓPEZ PALACIO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A, Radicado 05001-31-05-003-2017-00677-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

La señora ANA MARÍA LÓPEZ PALACIO, instauró demanda ordinaria laboral, en contra de COLPENSIONES y de PROTECCIÓN S.A, pretendiendo se declare la nulidad de la afiliación a Protección S.A., ocurrida el 1º de agosto de 1995, ordenando a ésta, trasladar el capital de la accionante, con sus frutos e intereses a Colpensiones, y a ésta, a reactivar la afiliación.

Los supuestos fácticos que apoyan las anteriores pretensiones, se sintetizan en que la actora nació el 9 de noviembre de 1961, cotizando al ISS, desde el 8 de abril de 1986 hasta el 27 de abril de 1987, a la Dirección Seccional de Salud de Antioquia, desde el 11 de diciembre de 1989 al 1º de abril de 1993 y en la Universidad de Antioquia a partir del 9 de agosto de 1993 hasta el 30 de junio de 1995, explicando que la misma, sin una completa información, y por habérsele comunicado que podía pensionarse antes de la edad mínima, realizó las gestiones para trasladarse a Protección S.A, a partir de agosto de 1995. Por comunicado del 5 de julio del 2016, la AFP demandada, le indicó a la actora que su pensión, a los 57 años, sería de \$1.258.166, agregando que, de haber recibido una completa información por parte de Protección S.A, la actora nunca se hubiere trasladado, pues es evidente el perjuicio que ha sufrido.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado, oportunamente **COLPENSIONES**, dio respuesta al libelo introductorio, indicando que es cierto lo relacionado con la fecha de nacimiento de la

demandante y el traslado realizado por la misma, sin constarle los demás hechos de la demanda, por ser ajenos a su representada.

A su vez, propuso las excepciones de imposibilidad de que Colpensiones decrete la ineficacia del traslado; improcedencia de la declaratoria de invalidez del traslado; improcedencia de la indexación de las condenas; prescripción; buena fe de Colpensiones; imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica.

Por su parte **PROTECCIÓN S.A.**, aseveró que el traslado de la accionante se realizó previa asesoría por parte de los asesores de la entidad, brindando la información clara y oportuna a la misma, agregando que la inconformidad con el monto de la mesada pensional, no puede ser la base para inaplicar un régimen legal, como lo es el RAIS.

Y como excepciones presentó las de acto jurídico existente y válido; ausencia de vicios del consentimiento; ratificación; convalidación y saneamiento; modificaciones legislativas; ausencia de causa para pedir; cobro de lo no debido; prescripción; buena fe y entrega de información concreta a la demandante; error en derecho; inexistencia de obligación indemnizatoria y compensación.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante sentencia proferida el 24 de febrero del 2020, el Juzgado de conocimiento declaró que Protección S.A, faltó a su obligación de dar información veraz, clara y oportuna, a la demandante para su traslado; declaró que Colpensiones es un tercero en el acto de traslado, realizado por la accionante, ya que ésta, estaba afiliada al fondo administrado por la Universidad de Antioquia; declaró que por la falta de información veraz y oportuna de Protección S.A a la actora, se le causó daño económico y menoscabo a su acceso real y efectivo, a la seguridad social en pensiones, pues

en el Régimen de Prima Media con prestación definida, tiene tasa de reemplazo del 69%, mientras que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, del 25%; declaró la ineficacia por inaplicación constitucional del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, realizado por la demandante el 1° de agosto de 1995 a Protección S.A, declarando que ésta sigue inmersa en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; declaró que Protección S.A, es responsable profesionalmente por la declaratoria de la ineficacia del traslado; ordenó a Colpensiones que dentro de los dos meses siguientes a la solicitud de la demandante, de su pensión de vejez, ésta sea liquidada y pagada por Colpensiones a la actora, bajo el régimen de prima media; ordenó a Protección S.A., que dentro del mes siguiente, a la solicitud de la pensión de vejez, liquide cálculo actuarial, en favor de Colpensiones, con miras a subrogación pensional de la actora; autorizó a Protección S.A, a enjugar parte de la suma de dinero que deberá pagar a título de cálculo actuarial para subrogación a Colpensiones, para que ésta subrogue la pensión de vejez de la accionante, utilizando los ahorros, rendimientos, bonos y cualquier otra suma que la afiliada tenga en la cuenta de Protección S.A; bajo el entendido de que Colpensiones recibirá el cálculo actuarial y esto no implica una carga financiera, sino que favorece su liquidez financiera y está dentro del giro legal de sus obligaciones, absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones, excepto en cuanto a la que se le impone, de pagar dentro de los 2 meses, la pensión de vejez bajo el régimen de prima media, pero lo cual será con el pago del cálculo actuarial de Protección S.A; condenó en costas a la AFP.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Demandante

El apoderado de la actora interpone el recurso de apelación frente a la providencia, indicando que le resulta novedosa la tesis que trae el Despacho, sustentando su recurso en la posición, que ha venido sosteniendo el Tribunal y

la Corte, de vieja data, respecto del tema de la ineficacia y de la inversión de la carga de la prueba, reiterando que se aleja de la decisión del Despacho, solicitando se aplique la tesis del Tribunal y la Corte Suprema de Justicia.

Protección S.A

El apoderado de la entidad codemandada, interpone el recurso de apelación solicitando al superior, revoque la Sentencia, indicando que la tesis que adopta el Juzgado, resulta ser un debate académico interesante, que además abre una posibilidad que en la tesis general de la ineficacia de la afiliación no se presenta, como lo es el interés para recurrir y es que, en esta tesis, si se permitiría que los fondos, en caso de confirmarse la Sentencia, puedan recurrir en casación.

Afirma que la postura asumida por el Juzgado, resulta problemática, en cuanto a las figuras jurídicas y principios que aplica, ya que no se discute que los principios sean plena fuente del derecho, la discusión es sobre el alcance que se les da a esos principios, porque se están citando definiciones, pero de manera aislada, siendo claro como en la Sentencia, confluyen temas del derecho civil que se están adaptando a la jurisdicción laboral, pero también hay definiciones del derecho laboral, entonces se termina en una mixtura de figuras, siendo así como en la motivación de la Sentencia, el Despacho define, pero no se alcanzan a avizorar los verdaderos alcances de esas definiciones, evidenciándose esto en el tema de la responsabilidad, ya que no es cierto, que exista un derecho universal a la responsabilidad, como tampoco es cierto que la fiducia, tenga una regulación desde el derecho romano, porque es que estas dos figuras, llegan al ordenamiento jurídico, por la tradición francesa.

La responsabilidad no puede presumirse, en la providencia se habla de un daño, pero éste hay que probarlo por quien lo alega, no puede presumirse porque la otra parte no pruebe la diligencia y cuidado, en este caso, no puede invertirse, no hay responsabilidad civil sin daño, ni hay responsabilidad sin probar el daño; agrega que no se analizó el factor de imputación, ni el nexo

causal, sorprendiendo a la parte demandada con esta decisión, considerando que vistas así las cosas, se presenta una nulidad y podría recurrirse, incluso, en sede de tutela, porque es que se está dando el litigio de una forma y se está fallando en una forma diferente, es más, en la fijación del litigio, no se dijo que la discusión iba a girar en torno a la responsabilidad profesional de los fondos, resaltando que la fijación del litigio, está íntimamente relacionada con el derecho a la defensa, si esto no se hizo, se genera, una nulidad, además, hay un problema de incongruencia, porque que la parte pide A y le fallan B.

Insiste en que la diligencia y cuidado no lleva al daño, lleva a probar es como se desplegó la actividad, el daño lo debe de probar la actora, pero el Despacho parte de suposiciones, porque no se sabe cuánto gana la actora, ni cuáles son sus gastos, entendiendo que el Despacho es defensor de lo público, pero esto no puede quitar la rigurosidad del trámite procesal.

1.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos emitió pronunciamiento la parte demandante, Protección S.A. y Colpensiones. El apoderado de la parte demandante solicita se confirme la declaratoria de ineficacia, reiterando que la interposición del recurso está motivada en que las argumentaciones y puntos de vista en que se sustentó la decisión favorable a su representada son a su juicio, algo confusos o mejor, carentes de la claridad meridiana según la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Honorable Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral. Por su parte, Protección S.A., ratifica los argumentos que sustentan el recurso de apelación, en virtud de los cuales solicita la revocatoria del fallo, manifestando que de sostenerse la posición asumida por el operador jurídico y los términos en los que se ordena la ineficacia se estaría vulnerando el debido proceso y la seguridad jurídica. Finalmente, la entidad pública accionada, por su parte, afirmó la improcedencia de las pretensiones, destacó que es un tercero de buena fe, que se ve afectado por las implicaciones provenientes del negocio

jurídico celebrado entre la demandante la señora Ana María López Palacio y la AFP Protección S.A y que en caso de confirmarse la decisión se garantice el reintegro de la totalidad de la cotización.

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 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 la demandante nació el 9 de noviembre de 1961, tal y como se desprende del documento obrante a folio 38 del plenario.

- Que la actora se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Protección S.A., el 30 de junio de 1995, con fecha de efectividad el 1° de julio de 1995, de conformidad con el formulario de afiliación obrante a folio 27 del plenario.
- Que la accionante acredita un total de 1502.86 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral de Protección S.A., obrante a folios 83 a 89.

2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER

Debe determinar la Sala si:

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

¿Si la declaratoria de ineficacia tiene como efecto declarar la responsabilidad patrimonial de la AFP y condenarla a pagar a pagar un cálculo actuarial a Colpensiones?

2.4. TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, i) es ineficaz el acto de traslado de la demandante por falta de información ii) la ineficacia supone que la afiliación no produce efectos jurídicos manteniéndose vigente la afiliación en el Régimen de Prima Media, iii) debiendo ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización

obligatoria, iv) Siendo improcedente la declaratoria de responsabilidad patrimonial y las condenas impuestas por el a quo, en consecuencia, la sentencia debe ser REVOCADA en los numerales sexto, séptimo, octavo y noveno y CONFIRMADA en lo demás.

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 1º del artículo 271 de la presente ley”*

A su vez el artículo 271 ibídem 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 de la demandante a través de PROTECCIÓN S.A, el 30 de junio de 1995, con fecha de efectividad el 1º de julio de 1995, 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 “*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.

Del interrogatorio de parte practicado a la demandante, no se deriva confesión, pues la misma afirma que es Odontopediatra, que trabaja en su consultorio, que hace 2 años renunció a la U de A de ser docente, que hasta noviembre del 2018 cotizó a pensiones, que antes de ingresar a la U de A, estaba en el ISS, que en 1993 fueron los fondos a la Universidad, había unos stands, donde estaban los asesores, pero no le explicaron nada, se trasladó porque el ISS no estaba estable, no era confiable, solo escuchaba que el fondo era seguro y tenía respaldo. Antes de cumplir los 47 años, fue citada por Protección S.A, el asesor le dio una explicación muy rápida y le dijo que tenía un paralelo en el computador, pero, afirma que ella no lo vio, le indicó que, haciendo la proyección, la pensión con ellos y con Colpensiones, era casi lo mismo, por lo que no tenía sentido que hiciera el cambio. Agrega que quiere regresar a Colpensiones, porque tendría una diferencia sustancial en la mesada.

Tampoco hay confesión en el interrogatorio de parte a la representante legal de la AFP, en tanto la AFP ratificó los argumentos de defensa en torno a la idoneidad profesional y la capacitación de sus asesores para brindar una asesoría integral a los potenciales afiliados.

Empero, PROTECCIÓN S.A., no aportó ningún medio de convicción a partir del cual pueda establecerse que cumplió con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada de la afiliada, sobre las implicaciones de su afiliación, el funcionamiento objetivo de ambos regímenes y los riesgos propios del régimen de capitalización individual.

Es de anotar que, aun cuando se acredita que la demandante recibió reasesoría el 11 de septiembre del 2008 (fl. 73), la misma no convalida la ineficacia de la vinculación inicial de la actora al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad como lo precisó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la referida sentencia SL1688 del 08 de mayo de 2019, así: *“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”*.

Los efectos de la ineficacia

Ahora bien, atendiendo a la ineficacia que se declara, debe indicarse que la consecuencia de la misma, lo es que las cosas vuelven al estado en que se encontraban, ello implica que la demandante conserva válida su afiliación al Régimen de Prima Media, por lo tanto, lo que procede es la devolución de la totalidad de los dineros que hubiere recibido PROTECCIÓN S.A., en vigencia de la afiliación de la demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, aportes al Fondo de Garantía Mínima y primas de seguro previsional.

La orden impartida por el a quo a Protección S.A., de emitir un cálculo actuarial con miras a subrogación de la pensión que debe reconocer Colpensiones como lo estableció el *a quo*, no es un efecto propio de la ineficacia y desconoce las reglas propias de cada régimen.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que en este proceso no fue pretendida la declaratoria de responsabilidad de la AFP y en todo caso, la ineficacia declarada, impide que se materialice el perjuicio que busca corregir el fallador de instancia, sin que tampoco fuere pretendido por la actora, el

reconocimiento de la pensión de vejez, razones por las cuales las órdenes impartidas, alteran sustancialmente el principio de congruencia y de contera, el derecho de defensa y contradicción de las accionadas.

Traslado de gastos de administración

Deben incluirse en el traslado de los aportes que debe realizar Protección S.A. los gastos de administración, los seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima, teniendo en cuenta que estos afectaron el valor de la cotización de la demandante 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 de la actora.

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 éste, quien dio lugar a la sanción del acto jurídico en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo PROTECCIÓN S.A., la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación de la actora, 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 de la demandante y no del Fondo, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, conforme al 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 lo tanto no pueden compensar los gastos administrativos.

Los aportes al Fondo de Garantía Mínima, cuya aplicación es exclusiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deben ser trasladados conforme al artículo 7 del decreto 3995 del 2008 y las sentencias SU062 de 2010 y SU 130 de 2013, destacando que la diferencia entre el ahorro y la cotización, cuando se trata 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, en cuanto a los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos, dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de la AFP demandada.

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 **REVOCA** los numerales sexto, séptimo, octavo y noveno de la sentencia proferida el 24 de febrero de 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por la señora ANA MARÍA LÓPEZ PALACIO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, referenciada, y en su lugar, se **CONDENA** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, a trasladar a


COLPENSIONES, los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, aportes al fondo de Garantía Mínima y primas de seguro previsional.

- 2. Se **CONFIRMA** la sentencia referida en los demás numerales.
- 4. Sin **COSTAS** en esta instancia, por la prosperidad de los recursos.
- 5. Se ordena la devolución del expediente al Juzgado de origen

El fallo anterior queda notificados a las partes 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