



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-014-2019-00518-01
Demandante:	Juan José Gómez Vieira
Demandado:	Colpensiones y Protección S.A
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, abril veintinueve (29) de dos mil veintiuno (2021)

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 el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de Colpensiones y Protección S.A., así como el grado jurisdiccional de Consulta, en favor de Colpensiones, en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, el 29 de enero de 2021, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor JUAN JOSE GÓMEZ VIEIRA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A., Radicado 05001-31-05-014-2019-00518-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor JUAN JOSE GÓMEZ VIEIRA, convocó a juicio a la COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., pretendiendo se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; se ordene a Colpensiones y Protección S.A., que realicen los trámites a que haya lugar para activar la afiliación en Colpensiones; se ordene a Protección S.A., realizar la devolución de todos los aportes netos cotizados, con sus rendimientos, incluyendo las cuotas de administración, las cuotas del seguro de sobreviviente e invalidez, los valores descontados al fondo de solidaridad y garantía de pensión mínima, los cuales deberán ser recibidos por Colpensiones, quien a su vez deberá actualizar la historia laboral.

En respaldo de tales pedimentos, se indicó que el señor Juan José Gómez Vieira nació el 7 de septiembre de 1997, que estuvo vinculado al ISS hoy Colpensiones entre el 1° de diciembre de 1984 y el 30 de mayo de 1997, que estando el actor laborando fue visitado por un asesor de Protección S.A., quien le explicó las bondades de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual, que la pensión sería igual o mejor que la que recibiría del ISS, además que dicha entidad se iba a terminar.

Se expuso que al demandante no le fue advertido que la pensión podría ser inferior a la del Régimen de Prima Media, no le explicaron las diferencias entre un régimen y otro, no lo indicaron que la pensión en el fondo privado dependía de las diferentes modalidades de pensión, ni los factores externos

que incidían en el cálculo de la mesada pensional, así como tampoco le explicaron que era el retractor.

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 del demandante y la afiliación al extinto ISS, sin constarle los demás hechos de la demanda, por tratarse de afirmaciones que están relacionadas con terceros y resultan ajenas a Colpensiones.

A su vez, propuso las excepciones de imposibilidad de traslado de régimen; inexistencia de la obligación de reconocer la afiliación al RPM por falta de legitimación en la causa por pasiva; improcedencia de la declaratoria de ineficacia o invalidez del traslado; prescripción consagrada en el artículo 151 del CPTSS; devolución de cuotas de administración en caso de declararse la ineficacia del traslado a favor de la parte actora e imposibilidad de condena en costas.

Por su parte **PROTECCIÓN S.A.**, se opuso al éxito de las pretensiones. De los hechos refirió que, es cierta la fecha de nacimiento del demandante y narró que Protección S.A., realizaba visitas a diferentes empresas a fin de dar a conocer el Régimen de Ahorro Individual no siendo cierto, que al accionante se le asegurará que el monto de la pensión sería superior, así como tampoco se le indicó que el ISS se iba a acabar, no siendo cierto que al actor no se le hubiera explicado de manera clara, suficiente, adecuada y comprensible el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual, informándosele las características del régimen, la forma de construcción de la mesada pensional y las circunstancias y condiciones de la misma, las diferencias con el Régimen de Prima Media y las implicaciones de la decisión de afiliarse, reiterando que la entidad brindó una adecuada asesoría.

En su defensa formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; traslado de aportes a Porvenir S.A.; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; prescripción y la excepción innominada o genérica.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Mediante fallo proferido el 29 de enero de 2021, el Juzgado de conocimiento declaró la ineficacia de la afiliación del actor al Régimen de Ahorro Individual administrado por Protección S.A.; condenó a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, con los rendimientos financieros, comisiones de administración, causadas a partir del 1º de julio de 1997, ordenando a Colpensiones la recepción de dichos dineros y reactivar la afiliación del señor Juan José Gómez Vieira, así mismo, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar al accionante, dentro del término de los cuatro (4) meses siguientes al recibo de los dineros por parte de Protección S.A., la pensión de vejez en los términos del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con los parámetros establecidos en los artículo 21 y 34 de la citada Ley 100 de 1993, autorizando a Colpensiones a efectuar los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud; declaró improbadas las excepciones y condenó en costas a Protección S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Protección S.A.

El apoderado de la AFP interpuso el recurso de apelación, en lo atinente a la causación de los gastos de administración y la devolución de los dineros del seguro provisional, por considerar que estos valores ya han sido cobrados, o causados, debiéndose tener en cuenta que la deducción del dinero que se hace

por parte de Protección S.A, se realiza como consecuencia de disposiciones legales válidas, artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, exequibles y vigentes, dineros que no se encuentran en poder de la entidad y que adicionalmente opera en ambos regímenes pensionales, resaltando que se presentó una correcta administración de los dineros del demandante durante su afiliación, lo que ha aumentado su patrimonio de manera ostensible, y, en tal sentido, no podrá devolverse esos aportes a Colpensiones dado que son dineros de una cuenta de ahorro individual que dicha entidad no ha administrado.

Sostuvo que pese a las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, no puede desconocerse que hay aspectos facticos y jurídicos relevantes como la existencia de una cuenta de ahorro individual que fue adecuada y óptimamente administrada por Protección S.A., por lo que devolver estos dineros con el cargo al patrimonio de la entidad, estaría generando un detrimento patrimonial en contra de Protección S.A. y un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones., advirtiendo que de haber permanecido el demandante en el Régimen de Prima Media no hubiera obtenido los rendimientos logrados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que es apenas justo que Protección S.A. pueda conservar esos gastos de administración.

Colpensiones

Interpone recurso respecto de la orden dirigida a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante, aduciendo que si bien el Juez por económica procesal ordena reconocer la prestación de vejez, debe señalarse que en la fijación del litigio nunca fue tema de debate el reconocimiento de una prestación pensional, considerando que esta orden está violando el debido proceso a Colpensiones, toda vez que no se le va permitir defenderse frente a este punto, además conforme al artículo 6 del Código Procesal del Trabajo, es necesario que se haga una reclamación administrativa y así Colpensiones tener la posibilidad por dicha vía de tramitar la solicitud del reclamante, concluyendo

que en este caso se reconoce la prestación de manera extra petita, cuando no ha sido objeto del debate probatorio, ni ha sido considerado a lo largo de la sentencia, por lo que solicita se revoque esta condena.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, se pronunciaron los apoderados de la parte actora y de Colpensiones. La procuradora judicial del demandante solicita se confirme la sentencia, recabando sobre la importancia de la libre escogencia de régimen pensional, la cual tiene como presupuesto esencial, el conocimiento absoluto que debe tener el asegurado de cara a las características, riesgos, ventajas y desventajas que acarrea un cambio de régimen pensional, de ahí la obligación de los fondos de otorgar una asesoría clara, veraz, oportuna, tal y como lo ha venido reiterando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia por más de 11 años.

El apoderado de Colpensiones adujo que las cuotas de administración, corresponden a ingresos que le permiten a los fondos, generar o fortalecer su patrimonio, en virtud de la afiliación obligatoria al sistema general de pensiones efectuada por el cotizante, de ahí que, al declararse la ineficacia del traslado, en virtud a una afectación de la selección libre y voluntaria del régimen pensional, estos dineros y sus rendimientos, generan un enriquecimiento sin justa causa a su favor y en desmedro de Colpensiones, por lo que solicita, que en caso de confirmarse la ineficacia, se confirme la orden a cargo del fondo privado de devolver no solo los aportes con sus rendimientos, frutos e intereses, sino además las cuotas de administración, comisiones y aportes para pensión mínima, debidamente indexadas.

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”*.

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 señor Juan José Gómez Vieira nació el 7 de septiembre de 1954, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 44 del expediente digital.
- Que el actor 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 7 de mayo de 1997, con fecha de efectividad el 1º de julio de la misma anualidad, tal y como se evidencia del formulario de afiliación obrante a folio 18 del expediente digital.
- Que el accionante acredita un total de 1410 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por Protección S.A., el 12 de noviembre del 2019, obrante a folio 172 del expediente digital.

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 Catorce Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, administrado por Protección S.A., efectuado por el demandante?

¿Es procedente ordenar a Protección S.A., trasladar a Colpensiones las cuotas de administración, las cuotas de seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima?

¿Si hay lugar a ordenar a Colpensiones, reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, (i) es ineficaz el acto de afiliación por incumplimiento del deber de información y por lo tanto debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante; (ii) no es posible imponer a Colpensiones la obligación de reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante, en consecuencia, la sentencia debe ser ADICIONADA en el numeral segundo, para ordenar a PROTECCIÓN S.A., el traslado a Colpensiones de los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del afiliado, REVOCANDOLA en el numeral quinto, a fin de absolver a

Colpensiones del reconocimiento y pago de la prestación económica por vejez,, CONFIRMÁNDOLA 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 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 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.
SL1611 del 01 de julio de 2020	CONFIRMATORIA
SL2877 del 29 de julio de 2020	CONFIRMATORIA Efectos de la ineficacia.

A los anteriores pronunciamiento 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, SL985 del 18 de marzo de 2020, SL4381 del 26 de octubre de 2020, SL4336 del 04 de noviembre de 2020 y SL4388 del 11 de noviembre 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 señor JUAN JOSE GÓMEZ VIEIRA, a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., el 7

de mayo de 1997, con fecha de efectividad el 1° de julio de la misma anualidad, de conformidad con el formulario obrante a folio 18, no obstante, el mismo no da cuenta de la información que fue brindada al 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 de la selección del RAIS, en los términos del artículo 11 del decreto 692 de 1994.

En el interrogatorio de parte practicado al demandante, el mismo indicó que a su lugar de trabajo se presentó una promotora de Protección S.A., quien le dijo que iba a tener una mejor pensión, que tenía mejor rendimiento, y aunque le hablaron del factor herencia, no le explicaron que tendría una cuenta de ahorro individual y que Protección S.A., iba a invertir los recursos para que la cuenta tuviera rendimientos, no le hablaron de aportes voluntarios, ni de la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media, señalando que si bien es cierto firmó el formulario de forma libre, no tenía claro las reglas con las que se podía pensionar en el ISS al momento del traslado. De lo dicho por el actora, no se deriva prueba de confesión, no siendo posible señalar, que Protección S.A., cumplió con el deber de información conforme a la normatividad vigente para la época, pues la información suministrada al demandante, fue parcial e incompleta.

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

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó Protección S.A. al demandante, al

momento de efectuarse la afiliación al régimen pensional, no era posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Sobre los efectos de la ineficacia

La ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, como si no hubiese existido, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado, las comisiones de administración, los seguros previsionales, ni los aportes al Fondo de Garantía Mínima, teniendo en cuenta que estos afectaron el valor de la cotización del 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 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 la administradora accionada, teniendo en cuenta, que fue Protección S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información, por lo tanto, debe 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 accionante y no de los Fondos, aunado a ello, 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 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 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, en cuanto a los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación del pretensor, 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 del demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de la AFP demandada y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, se pronunció recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2877 del 29 de julio de 2020, indicando:

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular”

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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.”

Colofón de lo anterior, la orden de traslado impartida por el fallador primario, se encuentra parcialmente ajustada a los anteriores criterios, por lo tanto, debe ADICIONARSE el numeral segundo del fallo, para ordenar a Protección S.A., trasladar también las cuotas de seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima, que como se ha indicado afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante.

Ahora bien, solicitó el apoderado de Colpensiones en sus alegatos de conclusión, se ordene la indexación de los valores que deben ser trasladados por Protección S.A., advirtiendo este cuerpo colegiado que no es posible impartir orden en dicho sentido, ello por cuanto, dentro de los conceptos que deberá trasladar Protección S.A., a Colpensiones, se encuentran los rendimientos financieros, los cuales compensan ampliamente la pérdida de capacidad adquisitiva de los aportes. Aunado a ello, ya se está ordenando a la AFP codemandada, devolver todos los conceptos descontados al porcentaje de la afiliación.

Finalmente, en lo concerniente a la orden impartida a Colpensiones consistente en reconocer y pagar la pensión de vejez al señor Juan José Gómez Vieira, estima la Sala que le asiste razón al apoderado judicial de Colpensiones al plantear en la sustentación del recurso de alzada, que no es procedente dicha condena, teniendo en cuenta en primer lugar, que ello no fue pretendido por el actor en el presente proceso y en segundo lugar, tal y como lo señala el apelante, el reconocimiento de la pensión de vejez, no fue planteado en la fijación del litigio, advirtiendo que si bien es cierto el Juez de primera Instancia cuenta con facultades ultra y extra petita, en el proceso no se debatió si el actor reunía o no los requisitos para acceder a la pensión de vejez, por lo que dicha condena, vulnera abiertamente el derecho de contradicción y defensa a Colpensiones, razón más que suficiente para revocar en este punto la sentencia objeto de apelación.

Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A., sin lugar a imponer costas a Colpensiones, atendiendo a la prosperidad del recurso de alzada.

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 **segundo** de la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado Catorce Laboral de Circuito de Medellín, el 29 de enero de 2021, en el proceso ordinario instaurado por el señor JUAN JOSE GÓMEZ VIEIRA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para en su lugar **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A., a trasladar también a COLPENSIONES, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante.

2.- Se **REVOCA** el numeral quinto de la sentencia apelada, para en su lugar, **ABSOLVER** a COLPENSIONES, del reconocimiento. y pago de la pensión de vejez al demandante.

3.- Se **CONFIRMA** la sentencia en lo demás.

4.- Costas en esta instancia a cargo de la parte codemandada PROTECCIÓN S.A., se fijan agencias en derecho en la suma de \$908.526.

5.- Se ordena la devolución del expediente digital al Juzgado de origen, con las actuaciones cumplidas en esta instancia.

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 providencia fue notificada por estado No. **73** fijado en la secretaría de la sala del Tribunal Superior de Medellín, a las ocho de la mañana (8:00 a.m.) del 30 de abril de 2021.

RUBEN DARIO LOPEZ BURGOS

Secretario