



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-015-2020-00313-01
Demandante:	Fernando Galeano Lozano
Demandado:	Colpensiones y Protección S.A.
Asunto:	Apelación y Consulta
Procedencia:	Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín
Magistrada ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

Medellín, julio veintiocho (28) 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 el apoderado de Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de Consulta frente a la misma entidad, en los aspectos no controvertidos, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, el 19 de mayo de 2021, en el proceso Ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor FERNANDO GALEANO LOZANO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y PROTECCION SA. Radicado 05001-31-05-015-2020-00313-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor FERNANDO GALEANO LOZANO, llamó a juicio a COLPENSIONES y a PROTECCION S.A., pretendiendo se declare la ineficacia de la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado entre por el demandante a través de Protección S.A.; se ordene a ésta la devolución de los aportes cotizados por el demandante al fondo privado, con sus rendimientos financieros debidamente indexados, los gastos de administración, comisiones y pagos de seguros previsionales; se ordene a Colpensiones realice el proceso de validación sin solución de continuidad y proceda con la concesión de la pensión de vejez cuando corresponda.

Como sustento de tales pedimentos, se indicó, en síntesis, que el demandante nació el 20 de julio de 1956, en la actualidad cuenta con 64 años de edad, que ha prestado los servicios a entidades privadas desde el 02 de septiembre de 1991, lleva más de 29 años laborando; afirma que fue contactado por un asesor de Protección S.A. quien, de una manera incompleta y superficial lo indujo a firmar el traslado de régimen pensional sin una información suficientemente oportuna, clara, coherente, debida, dado que no le informó las ventajas y desventajas que tenía RPM con respecto al RAIS ni las consecuencias del traslado.

1.2.- CONTESTACION

Al dar respuesta de la demanda **COLPENSIONES** indicó que es cierto lo concerniente a la fecha de nacimiento del demandante y la afiliación a Colpensiones desde el 02 de septiembre de 1991 hasta el año 1997, no le

consta las demás afirmaciones realizadas por el demandante, por tratarse de hechos ajenos a la entidad.

Como excepciones propuso la falta de legitimación de la causa por pasiva; inexistencia del traslado de régimen; inexistencia de la nulidad o régimen; ineficacia del traslado de la AFP Protección S.A.; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP Protección S.A. a Colpensiones en caso de ineficacia de traslado de régimen; indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el régimen de prima media; desconocimiento del precedente judicial; equivalencia del ahorro o diferencias pensionales; devolución de aportes debidamente indexados; devolución de cuotas de administración debidamente indexados; buena fe de Colpensiones; prescripción; excepción innominada; compensación; imposibilidad de condena en costas y la genérica.

Por su parte **PROTECCION S.A.**, al replicar la demanda, manifestó que es cierta la fecha del nacimiento del demandante; que no le consta las relaciones laborales afirmadas; explica que Protección S.A., empezó operaciones promocionando y dando a conocer a la comunidad en general el nuevo régimen, por eso realizaba diferentes charlas al sector público y privado, con el fin de dar a conocer el funcionamiento del RAIS, brindó asesorías grupales e individuales donde se impartía a los trabajadores los suficientes conocimientos sobre el sistema pensional colombiano y los regímenes vigentes.

Asegura que al demandante se le brindó una asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión, sin omitir información objetiva y clara sobre ambos regímenes, señalando el funcionamiento de cada uno y que no se le realizó reasesoría porque la misma no era obligatoria para el año 2008 cuando el demandante cumplió los 52 años.

Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; 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; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta los derechos de terceros de buena fe y la excepción innominada o genérica.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMER GRADO

El Juzgado de Conocimiento, puso fin al litigio en primera instancia mediante fallo proferido el 19 de mayo del 2021, en la cual declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS 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, sin incluir otros conceptos, ni las cuotas de administración; absolvió a Protección S.A. de trasladar a Colpensiones las cuotas de administración y otros conceptos diferentes a los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual; condenó a Colpensiones a recibir las citadas sumas y activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida en forma permanente y sin solución de continuidad; declaró no probada la excepción de prescripción, declarando las demás excepciones resueltas implícitamente y condenó en costas a Colpensiones y Protección S.A.

1.4.- RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones

Interpone recurso de apelación en cuanto se condena al traslado de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro del actor sin incluir otros conceptos y en relación con la condena en costas en contra de Colpensiones a un valor equivalente a un salario mínimo legal resaltando los perjuicios que se le generan a la administradora.

Hace alusión al literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 del 2003 y la sentencia C 1024 del 2004, en torno a la proporcionalidad y razonabilidad de la limitante temporal para trasladarse de régimen, concluye que por largo tiempo no habido aportes al régimen pensional público, esto es, no se realizaron las cotizaciones que permitan la consolidación y proyección en un cálculo actuarial dentro del periodo mínimo de carencia establecido por el legislador para efectos del reconocimiento pensional, lo que a la postre trasgrede en parte el objetivo de la sostenibilidad financiera del sistema, pues el régimen público, deberá reconocer un subsidio que no se encontraba dentro de sus proyecciones, el cual produce un desequilibrio del sistema pensional con perjuicio para Colpensiones, siendo esta una causa para negar el traslado del régimen pensional y que el traslado entre regímenes pensionales encontrándose el afiliado a 10 años o menos de la edad mínima pensionable, solo se encuentra autorizados para los beneficiarios del régimen de transición que accedieron a este medio, por el tiempo de servicio, según las sentencias de la Corte Constitucional C719 del 2012, SU 069 del 2010 y la SU 130 de 2003, a la par se pondría en riesgo a la seguridad social a los demás asociados, artículos 48 y 334 de la Constitución Política.

De otra parte, asegura que la judicatura adopta una posición en la cual se condena al traslado, todo lo obrante en la cuenta de ahorro individual del actor sin incluir otros conceptos, sin las cuotas de administración y otros rubros que han sido tratados por la jurisprudencia en la sentencia SL 1688 del 2019.

En cuanto a las costas en contra de Colpensiones, resalta que Colpensiones no tuvo injerencia en la transferencia del fondo pensional, Colpensiones en su momento cumplió, que era permitir en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada y la movilidad del sistema pensional de acuerdo a la dualidad de los regímenes que existen en nuestro país.

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos, Colpensiones reiteró los planteamientos del recurso de apelación, haciendo énfasis en que el traslado efectuado por el señor Fernando Galeano Lozano al RAIS, suscrito el 01 febrero de 1999, con la Administradora de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A., es válido por cuanto no hay ningún vicio en el consentimiento en dicha afiliación, y no existió prueba de ello en el curso del proceso.

Solicita que se revoque lo decidido frente a cuotas de administración, que se ordene la devolución de las mismas debidamente indexadas, entendiendo que el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, como fuese modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, establece la distribución de los porcentajes de cotización de los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad y un 3% del ingreso base de cotización será destinado “a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes” y el artículo 39 del decreto reglamentario 656 de 1994, define a la cuota de administración de la que se apropia la administradora del régimen de ahorro individual como “ingresos de las sociedades que administren fondos de pensiones”, por lo tanto conservarlos genera un enriquecimiento sin causa a favor de la AFP en desmedro de la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones.

Finalmente, reitera la solicitud que se revoque la decisión de condena en costas a cargo de Colpensiones.

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 Fernando Galeano Lozano, nació el 20 de julio de 1956, tal y como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía, obrante a folio 05 del expediente digital.

- Que el actor se afilió al Régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de Colmena en 01 de febrero de 1999, con fecha de efectividad del 1° de abril de 1999, posteriormente se trasladó a ING el 012 de abril del 2000 hasta el 30 de diciembre de 2012, cuando se fusionó dicha entidad con Protección S.A., de conformidad el formulario de SIAF obrante a folios 72 del expediente digital.

- Que el accionante acredita un total de 1302.29 semanas, conforme a la historia laboral generada por Protección S.A., en la cual se reporta 332.43 cotizadas en Colpensiones, 12.86 en otros fondos y 957 en Protección S.A. obrante a folios 32 a 45 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 la señora Juez Quince Laboral del Circuito de Medellín, determinando si es ineficaz la afiliación efectuada por el demandante en febrero de 1999, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A.?

¿Si como consecuencia de la ineficacia, debe ordenarse a Protección S.A., el traslado de las cuotas de administración, las cuotas por seguros previsionales, y los aportes al Fondo de Garantía Mínima?

2.4.- TESIS

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto de afiliación por incumplimiento del deber de información por

parte de Protección S.A. y por lo tanto, debe ordenarse el traslado de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante a Colpensiones, siendo improcedente la condena en costas a Colpensiones; en consecuencia, la sentencia deberá ser **REVOCADA** en el numeral tercero, para en su lugar **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES, las comisiones de administración, los seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, en vigencia de la afiliación a dicha AFP; de igual forma **REVOCADA parcialmente el numeral séptimo** de la Sentencia para en su lugar abstenerse el Juzgado de condenar en costas en primera instancia a Colpensiones **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 1º 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 hacia 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 pronunciamientos anteriores 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 establecidas por el máximo Tribunal de la jurisdicción 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 la afiliación del señor Fernando Galeano Lozano al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Colmena S.A. hoy Protección S.A., en febrero de 1999 siendo efectiva en abril de 1999, conforme al certificado del SIAFP obrante a folios 72 del expediente digital, advirtiendo que ninguna de la partes allegó al expediente el formulario de vinculación inicial. Ahora bien, el formulario de traslado, tampoco daría cuenta de la información que fue brindada al accionante, pues, 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.*

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

Del interrogatorio de parte practicado al demandante por Protección S.A. no se deriva prueba de confesión, ya que el mismo indicó que reside en la ciudad de Ibagué Tolima, es tecnólogo en topografía, trabaja en la actualidad con HL Ingenieros, Explica que la afiliación a Protección S.A. se dio en la ciudad de Ibagué- Tolima estando en la empresa Cementos el Diamante SA, estaba laborando y fue invitado a una reunión grupal y les informaron que el ISS se iba acabar, que iban a quedar desprotegidos, que en ese fondo iban a tener más incentivos, más utilidades y que se pueden pensionar antes de la edad exigida por el ISS, cuenta que después de muchos años se acercó a una oficina de Protección S.A. cuando era ING y les dijo que no estaba de acuerdo con el sistema y con lo que lo iban a pensionar, allí le ofrecieron la posibilidad que a los 60 años le devolverían el capital ahorrado, y cuando cumplió la edad se arrió a reclamar la plata y allí le dijeron que no tenía derecho, siendo otro engaño, asegura que la pensión ofrecida por Protección S.A. es irrisoria y no se justifica con todos los años laborados y lo que ha aportado en pensiones.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que brindó Colmena SA hoy Protección S.A. al demandante al momento de efectuar la afiliación del régimen pensional, no era posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, precisando que no puede declararse la imposibilidad de traslado de la accionante atendiendo a lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, dado que tal prohibición no resulta aplicable por encontrarnos frente a un evento de ineficacia de la afiliación inicial.

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 las administradoras accionadas, teniendo en cuenta, que fue Colmena SA hoy Protección S.A. , quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y es la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación del actor, 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 de los Fondos, tampoco resultan ajenos al régimen administrado por Colpensiones, conforme al literal b) 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 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, en cuanto a los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación de la accionante, 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 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 Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, 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.”

La orden de traslado impartida por la falladora primaria, no se encuentra ajustada a los anteriores criterios, por lo tanto, debe REVOCARSE el numeral tercero de la Sentencia, para ordenar también el traslado de los gastos de administración, los seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante.

La imposición de Costas a Colpensiones

Finalmente, en cuanto a la condena en costas impuesta en primera instancia a cargo de Colpensiones, considera esta Sala que le asiste razón al recurrente en cuanto a que la entidad pública no debe asumir costas procesales, atendiendo a que en este caso, la pretensión principal corresponde a la ineficacia del traslado, acto jurídico respecto al cual Colpensiones es un tercero de buena fe, siendo claro que no tuvo injerencia en el trámite realizado por el actor, que llevó a su traslado a Protección S.A., y su integración al proceso tiene lugar en virtud de verse afectado por las consecuencias de la ineficacia declarada. En consecuencia, se REVOCARÁ PARCIALMENTE el numeral séptimo para en su lugar abstenerse de tal condena.

Sin costas en esta instancia.

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 el numeral tercero** de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quince Laboral de Circuito de Medellín, el 19 de mayo de 2021, en el proceso ordinario instaurado por el señor FERNANDO GALEANO LOZANO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y en su lugar se **CONDENA** a PROTECCIÓN S.A., a trasladar también a COLPENSIONES, las comisiones de administración, las cuotas de seguros previsionales y los aportes al Fondo de Garantía Mínima, que afectaron el valor de la cotización obligatoria del demandante, en vigencia de la afiliación a esa AFP.

2.- Se **REVOCA parcialmente el numeral séptimo** la Sentencia para en su lugar ABSTENERSE de condenar en costas a Colpensiones.

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

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

El fallo anterior será notificado a las partes por Edicto de conformidad con el numeral 3° literal d) del artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y el auto AL 2550 del 23 de junio de 2021, proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,



SANDRA MARIA ROJAS MANRIQUE



CARLOS JORGE RUIZ BOTERO



VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO