



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-003-2021-00013-01
Demandante:	Héctor Mario Córdoba Cañas
Demandado:	Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E.
Asunto:	Apelación y Consulta de Sentencia
Procedencia:	Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín
M. Ponente:	Sandra María Rojas Manrique
Temas:	Ineficacia afiliación al RAIS

**Medellín, mayo dieciséis (16) de dos mil veintitrés (2023)**

En la fecha anotada, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, integrada por los magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES, VICTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE como magistrada ponente, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a decidir los recursos de apelación interpuestos por las partes, e impartir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., en los aspectos no apelados, respecto de la sentencia proferida el 06 de febrero de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por Héctor Mario Córdoba Cañas contra la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-003-2021-00013-01.

## **1.- ANTECEDENTES**

### **1.1.- DEMANDA**

El señor Héctor Mario Córdoba Cañas convocó a juicio a Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., a fin de que se declare que el acto de traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, es nulo y/o ineficaz y que como tal, tiene derecho a trasladarse al Régimen de Prima Media, ordenándose a las demandadas autoricen su traslado a Colpensiones, con el correspondiente traslado por parte de Protección S.A. de los aportes efectuados, con los respectivos rendimientos e intereses.

En respaldo de tales pedimentos, se expuso que el señor Héctor Mario Córdoba Cañas estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales en pensiones, hasta septiembre de 1995, momento en el cual se trasladó a Protección S.A., sin contar con la información suficiente que avalara dicha decisión, pues los asesores de dicha entidad no le brindaron la información debida acerca de las graves consecuencias del traslado y simplemente le manifestaron que en los fondos privados se pensionaba mejor que en el ISS, se pensionaría anticipadamente y que el ISS se iba a acabar, además no se le informó oportunamente cuando le faltaban más de 10 años para solicitar su traslado por última vez.

### **1.2.- CONTESTACIÓN**

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado judicial, **COLPENSIONES E.I.C.E.** aceptó como cierta la afiliación del actor al Régimen de Prima Media y posterior traslado al Régimen de Ahorro Individual, sin constarle las afirmaciones por tratarse de situaciones particulares entre el actor y Protección S.A.

En oposición a las pretensiones formuló las excepciones de improcedencia de declarar ineficaz la afiliación al sistema de Ahorro Individual con Solidaridad

administrado por la AFP Protección S.A., inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; imposibilidad de condena en costas; buena fe; compensación; excepción innominada; devolución de la totalidad de los recursos cotizados y prescripción.

Por su parte, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** expuso que no es cierto lo narrado en relación a la afiliación del demandante a la entidad, pues el actor fue asesorado de manera objetiva, íntegra, clara y responsable sobre las características tanto de Régimen de Ahorro Individual como del Régimen de Prima Media, los rasgos diferenciadores, las implicaciones de la afiliación y después de recibir toda la información honesta, el demandante realizó su propia valoración de conveniencia o favorabilidad de acuerdo con sus condiciones particulares y expectativas, lo que lo llevó a elegir a Protección S.A., de forma libre, voluntaria y sin presiones, no existiendo ningún vicio del consentimiento, ni se presentó omisión alguna al deber de información.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos 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 la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

### **1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 06 de febrero de 2023, declaró que Protección S.A faltó a su obligación de diligencia debida y buen consejo que debió desplegar en favor del señor Héctor

Mario Córdoba Cañas cuando se trasladó a Protección en el año 1995; declaró que Protección S.A., causó menoscabo a la seguridad social del demandante; declaró la responsabilidad constitucional y profesional de Protección S.A. en el menoscabo a la seguridad social del accionante; declaró la inaplicación constitucional de la pérdida del Régimen de Prima Media en cabeza del demandante, declarando en su lugar que el mismo sigue inmerso en dicho régimen a cargo de Protección S.A.; absolvió a Colpensiones E.I.C.E. de todas las pretensiones, sin perjuicio de las órdenes que se impartirán a continuación; ordenó a Protección S.A., que dentro del mes siguiente a la fecha en que lo solicite el demandante, reconozca, liquide y pague la pensión de vejez bajo los parámetros del Régimen de Prima Media; ordenó a la AFP Protección S.A., que dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y pague la prestación antes descrita, solicite por escrito a Colpensiones E.I.C.E. la elaboración de un cálculo actuarial pensional, con miras a subrogación pensional; ordenó ordenando a Colpensiones E.I.C.E., que dentro de los dos (2) meses siguientes a la solicitud de Protección S.A., elabore el cálculo actuarial, y dentro de ese mismo lapso, informe por escrito a Protección S.A. el valor del mismo; ordenó a Protección S.A. pagar a Colpensiones E.I.C.E. el valor del cálculo actuarial liquidado, dentro del mes siguiente a la fecha del recibo; ordenó a la AFP Protección S.A., que hasta tanto no pague el valor del cálculo actuarial en favor de Colpensiones E.I.C.E., continúe pagando la pensión de vejez reconocida al demandante bajo los parámetros del Régimen de Prima Media, obligación en la que se subrogará Colpensiones E.I.C.E. desde el momento en el que reciba el pago del cálculo actuarial pensional; autorizó a Protección S.A. a enjugar parte del valor del cálculo actuarial pensional, tomando para sí los ahorros pensionales del demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma que estuviere en su cuenta y finalmente; declaró no probadas las excepciones propuestas por Protección S.A., entidad a la cual le impuso condena en costas.

#### **1.4.- RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada judicial de la **AFP PROTECCIÓN S.A.** interpuso el recurso de apelación por considerar que la condena no se encuentra ajustada al precedente de la Corte Suprema de Justicia, pues atendiendo al mismo, las cosas deben volver al estado al que se encontraban antes del traslado, es decir, que el demandante conserva válidamente su afiliación al Régimen de Prima Media y el fondo de pensiones debe proceder a la devolución de la totalidad de aportes recibido, por lo que condenar a Protección S.A., al reconocimiento de la pensión bajo los parámetros del Régimen de Prima Media y posterior subrogación de la misma, no es un efecto propio de la ineficacia. Además, en la demanda no se pretendió el reconocimiento de la pensión por parte de Protección S.A., a título de responsabilidad profesional o perjuicio, considerando que el juez altera sustancialmente el principio de congruencia y la decisión carece de sustento normativo.

En caso de encontrarse fundada la decisión de primera instancia, solicita se tenga en cuenta que la acción de reparación de perjuicios se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción extintiva, toda vez que si la conducta culposa está constituida por la omisión en el deber de información en la etapa precontractual al momento de la afiliación al RAIS, es desde dicha fecha que debe contarse el término de prescripción y adicionalmente, que respecto de los perjuicios no opera la inversión de la carga de la prueba, correspondiendo a la parte demostrar los perjuicios y sin demostrarse los mismos, queda desvirtuada cualquier responsabilidad civil o imputación de perjuicios.

Mencionó que quedó claro que el demandante al momento de la afiliación conocía las circunstancias para adquirir su pensión y Protección S.A., le brindó un reasesoría pensional donde le fue indicado que podía trasladarse a Colpensiones y el decidió continuar en la entidad.

La vocera judicial de **COLPENSIONES E.I.C.E.** apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoquen las órdenes impartidas a Colpensiones respecto del cálculo actuarial y posterior subrogación pensional, pues la subrogación

pensional es una figura dada para el empleador omiso que no paga sus cotizaciones y no para que entre las AFP se subroguen mesadas pensionales, no siendo de recibo la realización del cálculo actuarial, porque no se cuenta con la información necesaria para realizar dichos cálculos, Colpensiones no posee ninguna información del demandante.

En caso de que el Tribunal considere declarar la ineficacia del traslado conforme a la línea que viene manejando la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, solicita se ordene el traslado no solo de lo que reposa en la cuenta de ahorro individual del demandante y los rendimientos, sino también los seguros previsionales, los gastos de admiración y que estas sumas sean indexadas, para que mínimamente Colpensiones logre tener un capital suficiente para el reconocimiento de la pensión del demandante.

Finalmente, el poderhabiente judicial del señor **HÉCTOR MARIO CÓRDOBA CAÑAS** impetró recurso de apelación, con el objeto de que se confirme que existió falta de diligencia debida y buen consejo en el traslado efectuado por el demandante y consecuentemente con ello, se modifique la decisión, en el entendido de declarar la ineficacia de traslado y ordenar a Protección S.A., el traslado de los aportes, rendimientos, cuotas de administración, seguros previsionales y todo lo que financie la pensión del demandante, ordenando a Colpensiones reciba al demandante en el Régimen Prima Media y que en el momento que se cumpla con los requisitos establecidos sea Colpensiones quien reconozca la pensión.

### **1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos la apoderada judicial de **COLPENSIONES E.I.C.E.**, solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, arguyendo que la afiliación del litigioso por activa al Régimen de Ahorro Individual es completamente valida, y reiteró los argumentos esbozados en la sustentación del recurso de alzada.

## **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, y los artículos 10 y 35 de la Ley 712 de 2001, que modificaron los artículos 15 y 66A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, respectivamente.

De igual forma, procede la consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., en los aspectos que no fueron objeto de alzada, 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 LA PRIMERA INSTANCIA**

Los siguientes supuestos fácticos no son objeto de controversia:

- Que el señor Héctor Mario Córdoba Cañas, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Protección S.A., el 15 de septiembre de 1995, con fecha de efectividad el 1º de octubre de la misma anualidad, de conformidad con el formulario de afiliación obrante a folios 6 del anexo 05 del expediente digital.
- Que el accionante acredita un total de 1785.14 semanas cotizadas, conforme a la historia laboral expedida por Protección S.A. visible a folios 42 a 59 del anexo 13 del expediente digital.

### **2.3.- PROBLEMAS JURIDICOS A RESOLVER**

Debe determinar la Sala:

¿Si la sentencia objeto de apelación y consulta se encuentra ajustada a derecho, efecto para el que habrá que determinar si la afiliación efectuada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual el 15 de septiembre de 1995, a través de la AFP Protección S.A., adolecen de ineficacia?

¿Si la ineficacia del acto de traslado tiene como efecto declarar la responsabilidad patrimonial de la AFP accionada, y si como consecuencia de ello, debe ordenarse a Protección S.A., reconocer la pensión de vejez al accionante bajo las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y posteriormente, subrogarse en Colpensiones a través del pago de un cálculo actuarial?

### **2.4.- TESIS**

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, i) es ineficaz el acto de traslado del 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) debe 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, relativas al reconocimiento de la pensión por la AFP, y el pago del cálculo actuarial con miras a la subrogación por parte de Colpensiones; en consecuencia, la sentencia debe ser REVOCADA y CONFIRMADA.

### **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 (art. 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 la libertad de selección de régimen como característica del Sistema General de Pensiones de la siguiente manera “... 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 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 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 4º 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 de la afiliación inicial o el 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 SL, Rad, 31989 del 08 de septiembre de 2008; SL Rad. 31314 del 08 de septiembre de 2008; SL, Rad 33083 del 22 de noviembre de 2011; SL31314 del 06 de diciembre de 2011, SL 19447 del 27 de septiembre de 2017; SL 17595 del 19 de octubre de 2017, SL 413 del 21 de febrero de 2018; SL4964 (54814) del 14 de noviembre de 2018; SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, SL 1452 del 03 de abril de 2019; SL1421 del 10 de abril de 2019; SL1688 del 08 de mayo de 2019; SL 1689 del 08 de mayo de 2019; SL3464 del 14 de agosto de 2019; SL 4360 del 09 de octubre de 2019; SL4426 del 16 de octubre de 2019; SL1611 del 01 de julio de 2020; SL 2877 del 29 de julio de 2020; SL1442 del 21 de abril de 2021; SL3349 del 07 de julio de 2021; SL5252 del 24 de noviembre de 2021 y más recientemente en las sentencias SL1017 del 23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022 y SL1637 del 11 de mayo de 2022, SL113 del 31 de enero de 2023, SL178 del 07 de febrero de 2023, SL397 del 01 de marzo de 2023, entre muchas otras.

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 sub reglas principales establecidas 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 tiene por establecida la afiliación del señor Héctor Mario Córdoba Cañas, al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección

S.A., efectuada el 15 de septiembre de 1995, tal y como se extrae del formulario de vinculación glosado a folio 6 del anexo 05 del expediente digital, no obstante dicho formulario, no da cuenta de la información brindada al accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Como en muchísimas ocasiones lo ha sostenido esta Corte, dicha carga no se suple con la firma del formulario o porque en el mismo se utilicen leyendas o afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otras similares. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado” (sentencia SL3871 de 2021)*; por ello, de tal documento no puede inferirse la voluntariedad del traslado en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Además, del interrogatorio practicado al demandante no se deriva prueba de confesión, en tanto que el mismo indicó que en la Cámara de Comercio citaron a los empleados y les dieron una charla donde les indicaron que era mejor el fondo privado, que tendrían una mejor mesada pensional, que en caso de muerte sus beneficiarios quedarían con la pensión y que lo mejor era estar ahí porque el Seguro social se iba a acabar.

De lo anterior, es claro que, si bien el gestor del proceso se afilió de forma libre y voluntaria, ello lo hizo sin haber recibido la información completa, sin conocer las características, funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual y del Régimen de Prima Media. Aunado a ello, advierte esta Colegiatura que no existe medio de convicción alguno, a partir del cual pueda establecerse que la AFP Protección S.A. cumpliera con el deber profesional de información, para garantizar la decisión libre, voluntaria e informada del afiliado, sobre las implicaciones del traslado, tal y como lo reclama el pretensor.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios demostrativos que den cuenta de la información que la AFP Protección S.A. le brindó al actor al momento de efectuarse el cambio de sistema pensional, no es posible una decisión distinta a la declaratoria del acto jurídico, recordando igualmente que las reasesorias no tienen la suficiente entidad, para sanear la falta al deber de

información, en que se incurra en la afiliación inicial, pues es claro, que la información debe ser entregada de manera oportuna y por lo tanto la ineficacia deber ser evaluada respecto de la asesoría inicial, tal y como lo dejó sentado el Órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Resalta la Sala que declaratoria de ineficacia a la que se viene haciendo referencia no se deriva de la inaplicación constitucional de la regla que imposibilita el traslado de régimen o de las reglas propias del Régimen de Ahorro Individual, por ser este un régimen legal, cuya constitucionalidad ha sido ratificada por la Corte Constitucional entre otras, en sentencias C-086 de 2000, C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, sino por la ausencia de asesoría técnica en el momento de la afiliación, recordando que en este tipo de litigios opera una inversión de la carga de la prueba, que traslada a la administradora de pensiones la responsabilidad de acreditar que entró al afiliado la información necesaria, para adoptar una decisión consciente y acreditar que actuó con la debida diligencia conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil.

- **De los efectos de la ineficacia del traslado de régimen pensional**

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 el 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 del 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 reconocer la pensión bajo las reglas del Régimen de Prima Media y emitir un cálculo actuarial con miras a la subrogación de la pensión que debe reconocer Colpensiones, no es un efecto

propio de la ineficacia y desconoce las reglas propias de cada régimen, los cuales como ya se indicó son excluyentes.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que en el proceso de la referencia, tal y como lo señaló la apoderada de Protección S.A., no fue pretendida la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la administradora del Régimen de Ahorro Individual, así como tampoco el reconocimiento de la pensión de vejez, precisando que en todo caso, la ineficacia declarada, impide que se materialice el perjuicio que busca corregir el fallador de instancia, 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.

La ineficacia que se declarará 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, 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 la AFP Protección S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo ésta, la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación del actor, por lo tanto, debe asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

De otra parte, los rendimientos financieros generados, mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad del demandante 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 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 las primas de los 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.”*

Similar postura se sostuvo en la sentencia SL 3034 de 2021:

*“Resultan suficientes las consideraciones vertidas en sede extraordinaria para denegar prosperidad a la alzada y al surtir el grado jurisdiccional de consulta, se advierte que el restablecimiento pleno o completo, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos de la sentencia CSJ SL2877-2020, requiere especificar y detallar algunas de las condenas impartidas por el a quo, razón por la cual se procederá a CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de diciembre de 2018, precisando y adicionando el ordinal segundo en el sentido de que Old Mutual S.A, además, deberá trasladar a Colpensiones, lo recaudado por comisiones y gastos de administración debidamente indexados durante todo el tiempo que el accionante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.*

Adicionalmente, cumple memorar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL 5236, SL 5285, SL5337, SL5525, SL5543 de 2021 y SL950 de 2022, ha adoctrinado que la indexación de los descuentos objeto de devolución, como lo son las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las cuotas por seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia que debe reintegrar la AFP, es un efecto inherente a la declaratoria de ineficacia, con el cual se busca no afectar la estabilidad financiera de Colpensiones E.I.C.E., razón por la cual se ordenará la indexación de las referidas sumas.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada, en cuanto declaró que la AFP Protección S.A., no demostró el cumplimiento de la obligación de diligencia debida y buen consejo, así como en la condena en costas impuesta a cargo de Protección S.A. y revocada en lo demás, para en su lugar, declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual;



condenar a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones E.I.C.E. los dineros de su cuenta de ahorro individual, incluyendo además de las cotizaciones y rendimientos financieros, las comisiones de administración, las cuotas por seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima que afectaron el valor de la cotización obligatoria del actor, estos tres últimos conceptos debidamente indexados.

Sin costas en esta instancia por haber alcanzado prosperidad parcial la apelación interpuesta por cada una de las partes.

### **3.- DECISIÓN**

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 segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo de la sentencia proferida el 06 de febrero de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, y en su lugar:

- a) Se **DECLARA** la ineficacia de la afiliación del señor Héctor Mario Córdoba Cañas al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A., en la fecha 15 de septiembre de 1995.
- b) Se **CONDENA** a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones E.I.C.E. los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo además de las cotizaciones y rendimientos financieros, las comisiones de administración, las cuotas por seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima que afectaron el valor de la cotización obligatoria del actor, debidamente indexados.


2.- Se **CONFIRMAN** los numerales primero y décimo primero de la sentencia de fecha y origen conocidos.

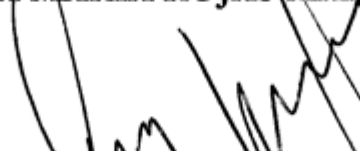
3.- Sin costas en esta instancia.

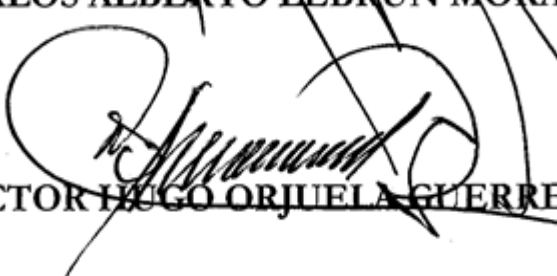
4.- Se ordena la devolución del expediente digital, con las actuaciones cumplidas en esta instancia, al Juzgado de origen.

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 MARÍA ROJAS MANRIQUE**

  
**CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES**

  
**VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO**