



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

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	05001-31-05-003-2021-00145-01
Demandante:	Juan Alberto Diez Zuluaga
Demandado:	AFP 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, agosto dieciocho (18) 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 Juan Alberto Diez Zuluaga y la AFP Protección S.A., e impartir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E., respecto de la sentencia proferida el 10 de julio de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por Juan Alberto Diez Zuluaga contra la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-003-2021-00145-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor Juan Alberto Diez Zuluaga convocó a juicio a la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo se declare ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual; se declare que se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media desde el momento en que se vinculó al Sistema General de Pensiones, sin solución de continuidad; se condene a la AFP Protección S.A. a reintegrar las cotizaciones que recibió con motivo de su afiliación, incluyendo los rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, primas del seguro previsional, y aportes para la garantía de pensión mínima; se ordene a Colpensiones E.I.C.E. recaudar los recursos que se dispongan trasladar e integrarlos a su historia laboral como semanas debidamente cotizadas; se ordene a las demandadas borrar o anular los registros de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual; y se condene en costas a las accionadas.

Los supuestos fácticos que apoyan las pretensiones antes descritas se sintetizan en que el señor Juan Alberto Diez Zuluaga nació el 10 de febrero de 1963, se afilió a la AFP Protección S.A. el 15 marzo de 1996, después de que los asesores del fondo privado lo abordaran en su lugar de trabajo y le manifestaran que los fondos públicos tendían a desaparecer, y que el fondo que ellos promocionaban tenía mayor respaldo económico porque pertenecía al Grupo Empresarial Antioqueño; que no recibió ninguna información del Régimen de Prima Media, ni proyecciones o liquidaciones comparativas, ni asesoría sobre el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual.

Dijo que la AFP Protección S.A. proyectó que a los 62 años se pensionaría en el Régimen de Ahorro Individual con una mesada de \$7.236.975, mientras que en el Régimen de Prima Media podría causar una mesada de \$9.185.693; y que solicitó ante las accionadas la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual, pero su petición fue desestimada por la AFP

Protección S.A., aduciendo que solo la jurisdicción ordinaria podría desvirtuar la presunción de validez que revestía su afiliación; y rechazada por Colpensiones E.I.C.E. (doc.01, carp.01).

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderado judicial legalmente constituido, la **AFP Protección S.A.** aceptó el señor Juan Alberto Diez Zuluaga nació el 10 de febrero de 1963, se afilió por primera vez al Sistema General de Pensiones a través de su representada, y proyectó que a los 62 años el actor se pensionaría en el Régimen de Ahorro Individual con una mesada de \$7.236.975, mientras que en el Régimen de Prima Media se habría podido pensionar con una mesada de \$9.185.693.

Sostuvo que el demandante recibió información amplia, adecuada, suficiente, clara, comprensible, precisa y detallada respecto del funcionamiento, características y diferencias de cada régimen pensional, para que, de manera libre e informada, y atendiendo a sus condiciones personales, seleccionara el que más le conviniera; que la idea de que “el ISS se iba a acabar” se generalizó por los rumores y noticias públicas en los medios de comunicación, comentario que nunca hizo parte de los argumentos utilizados por sus asesores; y que, aunque el demandante tuvo la oportunidad de trasladarse al Régimen de Prima Media, dejó vencer el término establecido para ello, ratificándose en su decisión de permanecer afiliado al Régimen de Ahorro Individual.

En oposición a las pretensiones excepcionó de fondo la 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; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración; inexistencia de la obligación de devolver las primas del seguro previsional; y la excepción innominada o genérica (doc.06, carp.01).

Por su parte, **Colpensiones E.I.C.E.** admitió que el señor Juan Alberto Diez Zuluaga nació el 10 de febrero de 1963, y que le solicitó declarar la ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual el 25 de enero de 2021, petición que fue rechazada.

Aseveró que el demandante nunca ha estado afiliado al Régimen de Prima Media, y por lo tanto, no ha tenido la expectativa de pensionarse bajo las condiciones de dicho régimen; que el desconocimiento de la Ley no es excusa para alegar una condición desfavorable; que la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual es válida porque el mismo no fue coaccionado para afiliarse; y que aceptar el traslado del demandante pondría en riesgo la estabilidad financiera del Régimen de Prima Media.

De consiguiente, resistió a la prosperidad de las pretensiones excepcionando de mérito la inexistencia de la obligación de traslado entre regímenes pensionales; inexistencia de la obligación, por ausencia de uno de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de vejez; imposibilidad de aplicar precedente judicial y la inversión de la carga de la prueba; responsabilidad de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones y organización de los promotores; prescripción; buena fe; imposibilidad de condena en costas; y la excepción genérica (doc.07, carp.01).

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 10 de julio de 2023, declaró que la AFP Protección S.A no demostró el cumplimiento la obligación de diligencia debida y buen consejo que debió desplegar en favor del señor Juan Alberto Diez Zuluaga cuando éste se afilió a la entidad; declaró que la AFP Protección S.A causó grave menoscabo a la seguridad social en pensiones del demandante; declaró la responsabilidad constitucional y profesional de la AFP Protección S.A. en el menoscabo, perjuicio o daño a la seguridad social en pensiones del accionante; declaró la inaplicación constitucional

de la pérdida del Régimen de Prima Media que acaeció en cabeza del demandante; declaró que el actor sigue inmerso en dicho régimen a cargo de la AFP Protección S.A.; absolvió a Colpensiones E.I.C.E. de todas las pretensiones; ordenó a la AFP Protección S.A. reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez en favor del demandante, bajo los parámetros del Régimen de Prima Media, dentro del mes siguiente a la fecha en que aquel lo solicite por escrito, y siempre que acredite una edad mínima de 62 años, 1.300 semanas cotizadas y el retiro laboral; 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 a Colpensiones E.I.C.E., que dentro de los dos meses siguientes a la solicitud de la AFP Protección S.A., elabore el cálculo actuarial petitionado, y dentro de ese mismo lapso, informe por escrito a la AFP Protección S.A. el valor del mismo; ordenó a la AFP 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 por parte de la AFP Protección S.A.; autorizó a la AFP 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; declaró imprósperas las excepciones propuestas por la AFP Protección S.A., y probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e intrasmisibilidad de la responsabilidad de los fondos privados a Colpensiones E.I.C.E.; condenó en costas a la AFP Protección S.A. en favor de la demandante (doc.15, carp.01).

1.4.- RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **AFP Protección S.A.** interpuso el recurso de alzada en procura de que se revoque en su integridad la sentencia de primer grado, y en su lugar, y se absuelva a su presentada de las pretensiones incoadas, sustentando, que las consecuencias lógicas de la ineficacia de la selección de régimen es que las cosas vuelvan al estado en el que se encontraban, quedando el afiliado sin ninguna cobertura; que en el peor de los casos lo procedente hubiera sido ordenar la devolución de los aportes a Colpensiones E.I.C.E., sin que la subrogación pensional dispensada corresponda a un efecto propio de la ineficacia, la cual, por demás, contraría el precedente jurisprudencial que se ha dictado sobre la materia, y ni siquiera fue pretendida con la demanda inaugural, alterándose el principio de congruencia, y desconociendo la constitucionalidad declarada sobre el régimen de ahorro individual, y de contera, el principio de sostenibilidad financiera del mismo, por cuanto, las pensiones de vejez se financian, en éste régimen, con los recursos ahorrados por el afiliado.

Adujo que la facultad extra y ultra petita que le asiste al juez laboral no es ilimitada, y en el presente caso, no se discutió ni probó la indemnización de perjuicios ordenada por el *a quo*, y frente a la cual no se invierte la carga de la prueba en favor del afiliado, indemnización que aseveró solo ha sido admitida respecto de los pensionados y no de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual, y aunque éste fuere el caso, habría operado el fenómeno extintivo de la prescripción por haber transcurrido más de tres (3) años desde la fecha en que se llevó a cabo el acto jurídico de afiliación (minuto 01:40:50, link audiencia, doc.15, carp.01).

Por su parte, la poderhabiente judicial del señor **Juan Alberto Diez Zuluaga** impetró el recurso de alzada en procura de que se revoque el fallo de primera instancia, y en su lugar, se declare la ineficacia de la afiliación, y se aplique plenamente el precedente jurisprudencial, disponiendo el traslado efectivo del saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual administrada por la AFP Protección S.A. con destino a Colpensiones E.I.C.E., en los términos solicitados

en el libelo genitor, con el mayor valor que se estime necesario para garantizar la financiación de la prestación, como si hubiera estado afiliado al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad (minuto 01:51:05, link audiencia, doc.15, carp.01).

1.5.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad procesal para presentar alegatos de conclusión, la poderhabiente judicial de **Colpensiones E.I.C.E.** solicitó revocar y/o modificar la sentencia de primer grado arguyendo que la responsabilidad del fondo privado no le es oponible a su representada en los casos de ineficacia del traslado de régimen pensional; que el derecho de selección de régimen no es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.

Subsidiariamente, solicitó ordenar a la AFP entregar el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos específicos completos que generaron los recursos en la RAIS, intereses, cuotas de administración, aportes de garantía de pensión mínima, aportes destinados al pago de la prima de reaseguros de Fogafín, los seguros de invalidez y sobrevivencia, y cualquier otro concepto a consideración del despacho (doc.03, carp.02).

Por su parte, el vocero judicial del señor **Juan Alberto Diez Zuluaga** reiteró los argumentos esbozados con la sustentación del recurso de apelación, solicitando que, en congruencia con la extensa, palmaria e irrefutable línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia–Sala de Casación Laboral, se ordene al fondo privado demandado que devuelva al fondo público la totalidad del ahorro contenido en la cuenta de ahorro individual de su prohiado incluyendo los frutos, rendimientos o similares que se hayan obtenido, se encuentren o no en dicha cuenta de ahorro individual sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, primas de seguros previsionales, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima

o similares aportando incluso los valores que falten en procura de no atentar contra el equilibrio financiero del sistema (doc.04, carp.02).

2. CONSIDERACIONES

2.1.- COMPETENCIA DE LA SALA

La competencia de esta Corporación está dada por los puntos que fueron objeto de apelación por la **AFP Protección S.A.** y el señor **Juan Alberto Diez Zuluaga** entendiéndose 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 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 Juan Alberto Diez Zuluaga nació el 10 de febrero de 1963 (pág.18, doc.01, carp.01), y se afilió por primera vez al Sistema General de Pensiones, a través de la AFP Protección S.A., en la fecha 15 de marzo de 1996 (pág.19, doc.01, carp.01; págs.68-69, 72, doc.06, carp.01).
- Que el 16 de diciembre de 2020 la AFP Porvenir S.A. proyectó a los 62 años el actor se pensionaría en el Régimen de Ahorro Individual, con una mesada de

\$7.236.975, y que en el Régimen de Prima Media habría causado una mesada de \$9.185.693 (págs.35-41, doc.01, carp.01).

- Que el 21 de enero de 2021 el actor le solicitó a la AFP Protección S.A. declarar la ineficacia y/o nulidad de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual, y su traslado al Régimen de Prima Media (págs.42-45, doc.01, carp.01), petición que fue rechazada el 04 de febrero del mismo año, por falta de competencia (págs..46-47, doc.01, carp.01).

- Que el 25 de enero de 2021 elevó idéntica petición ante Colpensiones E.I.C.E. (págs.48-51, doc.01, carp.01), misma que fue desestimada el día 26 del mismo mes y año, porque la afiliación se había realizado de manera libre y voluntaria, y porque le faltaban de diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez (págs..52-54, doc.01, carp.01).

- Que para el 25 de mayo de 2021 el demandante había cotizado 1.294,29 semanas (págs.36-49, doc.06, carp.01), y tenía acumulado un saldo de \$775.272.336, de los cuales, \$279.721.952 son aportes, y \$495.550.383 son rendimientos (págs.50-67, doc.06, carp.01).

- Que el 07 de julio de 2023, la AFP Protección S.A. proyectó a los 62 años el actor se pensionaría en el Régimen de Ahorro Individual, con una mesada de \$5.334.042, y que en el Régimen de Prima Media habría causado una mesada de \$13.293.924 (doc.14, carp.01).

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 señor Juan

Alberto Diez Zuluaga al Régimen de Ahorro Individual, en la fecha 15 de marzo de 1996, a través de la AFP Protección S.A., adolecen de ineficacia?

- ¿Si debe ordenarse a la AFP Protección S.A. reconocer la pensión de vejez que llegare a causarse en favor del demandante bajo los parámetros establecidos para los afiliados al Régimen de Prima Media, y permitirle subrogarse de dicha obligación en cabeza de Colpensiones E.I.C.E., mediante el pago de un cálculo actuarial?

- ¿Si lo procedente es declarar la ineficacia de la afiliación, y de contera, ordenar a la AFP Protección S.A., trasladar las cotizaciones obligatorias y los rendimientos financieros, además de la devolución indexada de las comisiones de administración, los aportes al Fondo de Garantía Mínima y las primas del seguro previsional, y un cálculo actuarial que garantice el financiamiento de la pensión de vejez que se llegare a causar en favor del demandante, con cargo a su propio patrimonio, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia?

2.4.- TESIS DE LA SALA

Los problemas jurídicos planteados se resuelven bajo la tesis según la cual, es ineficaz el acto jurídico de la selección inicial de régimen pensional, por el incumplimiento del deber de información del fondo privado demandado, y la ineficacia supone que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual no produce efectos jurídicos, lo que le permite al afiliado vincularse al Régimen de Prima Media, con el consecuencial traslado de los aportes y rendimientos financieros, y de todos los conceptos que afectaron el valor de la cotización obligatoria, debidamente indexados, y con cargo a su propio patrimonio, sin que la responsabilidad patrimonial endilgada al fondo privado, su eventual subrogación en cabeza del fondo público, ni la ‘equivalencia del ahorro’, resulten consistentes con el desarrollo jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia Sala.

Consecuentemente, la sentencia de primera instancia será **confirmada** única y exclusivamente en cuanto declaró que la AFP Protección S.A no demostró el cumplimiento la obligación de diligencia debida y buen consejo que debieron desplegar en favor del actor; y **revocada** en todo 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 de Prima Media, administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales y algunos Fondos y Cajas de Previsión del sector Público, y el Régimen de Ahorro Individual administrado por los Fondos Administradores de Pensiones, entidades financieras de carácter privado (artículo 12).

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

A su vez, el artículo 271 ibídem establece que: “*El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud 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.*”

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 reguló 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 de la afiliada,

proyecciones financieras de la futura pensión y la obligatoriedad de la doble asesoría para eventos de vinculación inicial o traslado de régimen pensional.

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 16 de febrero de 2019; SL 1689 del 16 de febrero 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; SL SL1442 del 21 de abril de 2021; SL3349 del 07 de julio de 2021; SL5252 del 24 de noviembre de 2021, SL1017 del 23 de marzo de 2022, SL1498 del 27 de abril de 2022, SL1637 del 11 de mayo de 2022 y más recientemente en las sentencias, 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, deben 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 a las mismas 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 establecido que el señor Juan Alberto Diez Zuluaga, se afilió por primera vez al Sistema General de Pensiones, a través del Régimen de Ahorro Individual, por intermedio de la AFP Protección S.A., en la fecha 15 de marzo de 1996, según se extrae del Certificado de Afiliaciones SIAFP y el formulario de afiliación incorporados al plenario (págs.68-69, 72, doc.06, carp.01, respectivamente).

No obstante, los referidos documentos no dan cuenta de la información brindada a la accionante previo a que se surtiera el acto jurídico de afiliación, 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 suople 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); y es por ello que del simple formulario de afiliación no puede inferirse la voluntariedad o consentimiento informado del actor para la selección de régimen pensional, 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 se afilió a la AFP Protección S.A. en 1996, cuando empezó a trabajar; que seleccionó dicho fondo porque pertenecía al sindicato antioqueño, y era el más sólido del mercado, a comparación del fondo público del Seguro Social que se estaba liquidando; que el asesor del fondo privado le indicó que en éste sus hijos podrían heredar sus cotizaciones, lo cual no era posible en el otro sistema de pensiones; que desconoce, incluso en la actualidad,

que es una cuenta de ahorro individual; que no fue informado de que podría pensionarse de manera anticipada; que no ha presentado ninguna queja por la administración de sus aportes para pensión, ni información adicional sobre su panorama pensional; que pretende trasladarse a Colpensiones E.I.C.E. por la diferencia proyectada respecto de su mesada pensional, a sabiendas de que desconocía que la misma se liquidaba de forma diferente en uno y otro régimen pensional; que solo se preocupó por su futuro pensional cuando comenzó a acercarse a la edad mínima de pensión; y que en el momento de la afiliación no le solicitó al fondo privado ni al fondo público la proyección de la mesada pensional (minuto 00:05:05, link audiencia, doc.15, carp.01).

Corolario de lo anterior, es claro para la Sala que, si bien el gestor del proceso se afilió de forma libre y voluntaria al Régimen de Ahorro Individual, ello lo hizo sin haber recibido la información clara, completa y comprensible al respecto, sin conocer las características ni el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual, o consecuencias del traslado, ni las desventajas de dicho régimen pensional, así como tampoco conocía del Régimen de Prima Media.

Aunado a lo que se viene diciendo, 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 de la selección de régimen, tal y como lo reclama el pretensor.

En este escenario probatorio, ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la información que la AFP Protección S.A. le brindó al actor al momento de seleccionar el Régimen de Ahorro Individual, no era posible una decisión distinta a la declaratoria de la ineficacia de su afiliación a la AFP Protección S.A.

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 de la selección inicial de régimen pensional

Ahora bien, es cierto que la declaratoria de ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP Protección S.A. conlleva a que la situación jurídica del señor Juan Alberto Diez Zuluaga retorne a su estado anterior, con la especial circunstancia de que el mismo, antes del 15 de marzo de 1996, no se encontraba afiliado a ningún régimen pensional.

Pero dado que, conforme a lo señalado en el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3º de la Ley 797 de 2003, la afiliación al Sistema General de Pensiones es obligatoria cuando existe una relación laboral, esta colegiatura entiende, que la voluntad del demandante está encaminada a seleccionar el Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones E.I.C.E., máxime si se tiene en cuenta que desde el 25 de enero de 2021 el actor solicitó estar afiliado a dicha entidad (págs.48-51, doc.01, carp.01), escogencia que ratificó en el acápite de las pretensiones (págs.04-05, doc.01, carp.01)

De allí que, sea Colpensiones E.I.C.E., la entidad encargada de recibirlo y activar su afiliación al Régimen de Prima Media que administra.

Y aunque es cierto en la Sentencia SL4211-2021, la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que “... *al declarar la ineficacia del acto, nace el escenario de que el actor nunca hizo parte del sistema*”, sin embargo, esta Corporación se

aparta de dicho discernimiento, en tanto que, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, expresamente refiere que cuando la afiliación queda sin efecto, la misma “... *podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador*”. En paralelo, conviene memorar que los casos en que las Salas de Descongestión estimen necesario cambiar un precedente o crear una línea de pensamiento (jurisprudencia) deben infaltablemente remitir el proyecto a la Sala permanente para que sea esta la que estudie su viabilidad y pertinencia (ver el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un párrafo al artículo 16 de la Ley 270 de 1996, la Sentencia C-154 de 2016, y la Sentencia CSJ SL593-2021).

Consecuentemente, en virtud del principio de igualdad ante la ley, también resulta procedente la declaratoria de ineficacia de la afiliación inicial cuando la AFP incumple el deber profesional de información, empero se advierte que las órdenes impartidas por el *a quo* a la AFP Protección S.A., de reconocer la pensión bajo las reglas del Régimen de Prima Media y emitir un cálculo actuarial con miras a subrogarse en Colpensiones E.I.C.E., no es un efecto propio de la declaratoria de ineficacia, y desconoce las reglas propias de cada régimen, los cuales por demás son excluyentes entre sí.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que en el proceso de la referencia 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 al respecto alteran sustancialmente el principio de congruencia y de contera, el derecho de defensa y contradicción de las accionadas.

Ahora bien, 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 éstos 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.

Respecto a los conceptos que deben ser trasladados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la selección del Régimen de Ahorro Individual, se pronunció recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2877-2020, 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 la demandante en el Régimen de Prima Media. 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 SA, además, deberá trasladar a Colpensiones, lo recaudado por comisiones y gastos de administración debidamente indexados durante todo el tiempo que la 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”.

De manera particular, se relieves que los rendimientos financieros generados, mientras estuvo activa la afiliación, son de propiedad de la 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 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 de la demandante, deben ser

trasladados con cargo a los propios recursos de las AFP demandadas, conforme al artículo 963 del Código Civil, y por lo tanto no afectan los pagos realizados a la respectiva aseguradora.

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 adocinado 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 resulta procedente la condena por este concepto, tal y como lo ordenó el *a quo*.

Finalmente, y de cara al cálculo de equivalencia para financiar las prestaciones pensionales que llegaren a causarse en favor del demandante, ha de relieves la Sala que tal decisión no es consistente con el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala, pues en estos casos, el criterio vertido por el máximo órgano jurisdiccional no ha tenido variación en cuanto, una vez verificada la ineficacia de la afiliación, lo procedente es la devolución todos los valores que por aportes hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, incluyendo lo descontado para cubrir las primas de los seguros previsionales, gastos o comisiones de administración, aportaciones al fondo de garantía de pensión mínima, con todos los rendimientos, frutos e intereses, como se indicó en las líneas que anteceden (SL2877-2020, radicado 78667).

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será confirmada en cuanto declaró que la AFP Protección S.A. no demostró el cumplimiento la obligación de diligencia debida y buen consejo que debió desplegar en favor del actor; y revocada en todo lo demás, para en su lugar, declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual; y condenar a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones E.I.C.E. los dineros de la cuenta de ahorro individual

del actor, incluyendo además de las cotizaciones obligatorias y los 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, y con cargo a su propio patrimonio.

Sin costas en esta instancia por haber alcanzado prosperidad parcial la apelación interpuesta por el señor Juan Alberto Diez Zuluaga y la AFP Protección S.A., y por haberse revisado la sentencia de primera instancia bajo el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones E.I.C.E.

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 **REVOCAN** los numerales segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, y décimo de la sentencia proferida el 10 de julio de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por Juan Alberto Diez Zuluaga contra la AFP Protección S.A. y Colpensiones S.A., y en su lugar:

- a) Se **DECLARA** la ineficacia de la afiliación del señor Juan Alberto Diez Zuluaga al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A., en la fecha 15 de marzo de 1996.
- b) Se **CONDENA** a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones E.I.C.E. los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo además de las cotizaciones obligatorias y los 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, y con cargo a su propio patrimonio.

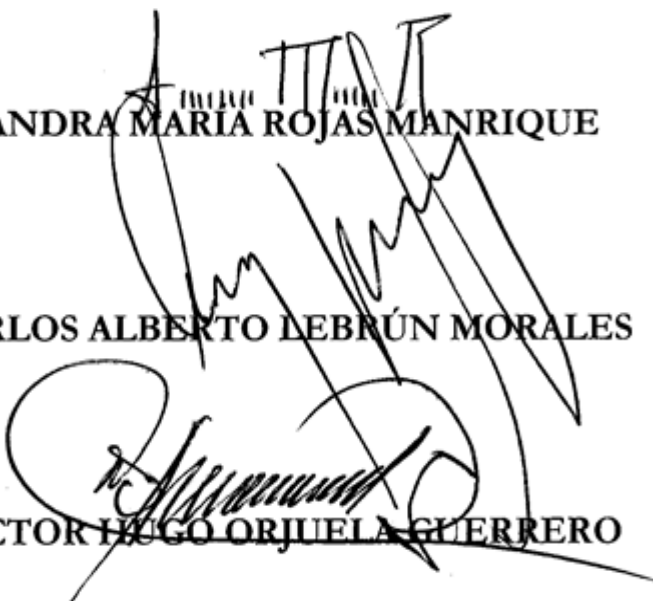
2.- Se **CONFIRMA** en todo lo demás la sentencia de fecha y origen conocidos.

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 3º 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 ALBERTO LEBRÚN MORALES

VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO