



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

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación: 05001-31-05-003-2022-00099-01
Demandante: Jorge Iván Vargas Álvarez
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, septiembre veintisiete (27) 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 interpuesto por los apoderados de la parte actora 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 14 de agosto de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por el señor Jorge Iván Vargas Álvarez contra la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., conocido con el Radicado Único Nacional 05001-31-05-003-2022-00099-01.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA

El señor Jorge Iván Vargas Álvarez llamó a juicio a la AFP Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E., pretendiendo se declare la ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual; se declare que se siempre ha estado válidamente afiliado al Régimen de Prima Media, en consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones E.I.C.E. los aportes realizados, esto es, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos los frutos e intereses, comisiones, gastos de administración y recursos destinados al pago de los seguros previsionales, condenándose a Colpensiones E.I.C.E. a validar los aportes e incorporarlos a la historia laboral.

En respaldo de tales pedimentos, se narró que el señor Jorge Iván Vargas Álvarez nació el 13 de noviembre de 1962, que durante su vida laboral estuvo afiliado inicialmente al Régimen de Prima Media y posteriormente se afilió a la AFP Protección S.A., sosteniendo que los asesores de dicha entidad, no le brindaron información debida, acerca de los efectos y consecuencias del traslado de régimen, no le realizaron un estudio comparativo entre ambos regímenes para poder determinar la conveniencia o inconveniencia del traslado, no le realizaron un estudio individual, no le indicaron los factores que se tenían en cuenta para determinar la fecha probable de la pensión y su monto, no le hablaron del derecho de retracto y tampoco le explicaron sobre las pensiones voluntarias.

1.2.- CONTESTACIÓN

Por conducto de su representante legal y a través de apoderada judicial legalmente constituida, la **AFP Protección S.A.** aceptó que el señor Jorge Iván Vargas Álvarez nació el 13 de noviembre de 1962 y la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, sosteniendo que no son ciertas las demás afirmaciones, en

tanto que la entidad brindó al demandante una asesoría completa, integral y objetiva respecto a todas las implicaciones de su decisión, sin omitir información e indicando claramente todas las características, regulaciones del Régimen de Ahorro Individual y su funcionamiento, así mismo, los rasgos diferenciadores respecto al Régimen de Prima Media, por lo que carece de sustento las afirmaciones de la demanda.

En oposición a la prosperidad de las pretensiones formuló las excepciones 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 derechos de terceros de buena fe; la innominada o genérica y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto.

Por su parte, **Colpensiones E.I.C.E.** admitió como cierta la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación inicial al Régimen de Prima Media y el posterior traslado al Régimen de Ahorro Individual, señalando que no le constan los demás hechos, por cuanto están referidos a situaciones ajenas a la entidad y fueron actividades administrativas adelantadas entre el demandante y la AFP Protección S.A.

En su defensa, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia del traslado de régimen; inexistencia de ineficacia del traslado a la AFP Protección S.A; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP Protección S.A. ante Colpensiones en casos 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 le ahorro o

diferencias pensionales; devolución de aportes debidamente indexados; devolución de cuotas de administración debidamente indexadas por parte de la AFP Protección S.A; buena fe; prescripción; compensación; inexistencia de la obligación de pagar intereses moratorios e imposibilidad de condena en costas.

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo proferido el 14 de agosto de 2023, declaró que la AFP Protección S.A no demostró el cumplimiento de la obligación de diligencia debida y buen consejo en favor del señor Jorge Iván Vargas Álvarez, 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 o perjuicio 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 acredite 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 probada la excepción de intrasmisibilidad de la responsabilidad de la AFP Protección S.A. y condenó en costas a la AFP Protección S.A. en favor del demandante.

1.4.- RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **AFP Protección S.A.** interpuso el recurso de alzada solicitando se revoque en su totalidad la sentencia, señalando que la consecuencia de la ineficacia de traslado de régimen es que las cosas deben volver al estado en el que se encontraban, lo que implica que el demandante conserva válida su afiliación al Régimen de Prima Media y el fondo de pensiones debe proceder con la devolución a Colpensiones de la totalidad de los aportes recibidos en vigencia de afiliación al Régimen de Ahorro Individual, por lo tanto las órdenes impuestas a Protección S.A., no son un efecto propio de la ineficacia, la cual, por demás, contraría el precedente jurisprudencial que se ha dictado sobre la materia, asimismo, se advierte que en la demanda no se pretendió el pago de la pensión de vejez a cargo de Protección S.A., alterándose sustancialmente el principio de congruencia, siendo las condenas impuestas una carga excesiva, ilegal e inconstitucional, desconociéndose totalmente la naturaleza del Régimen de Ahorro Individual, normas que fueron declaradas exequibles y violaría el principio de la estabilidad financiera.

Frente a las facultades extra y ultra petita, mencionó que las mismas no le permiten al juez decidir caprichosamente, sino con base en hechos probados y debatidos dentro del proceso para evitar violar el debido proceso y derecho de defensa de la demandada, y esta condena que se podría ver como un perjuicio no

fue una situación presentada, ni pretendida, por lo que el juez excede las facultades que le otorga el artículo 50 del CST y SS, no existiendo fundamento que faculte y legitime la condena impuesta, siendo importante recordar que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la pretensión de perjuicios puede verse afectada por el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva, omitiéndose por el juez analizar la prescripción frente a los perjuicios, prescripción que si opera en el presente caso, además que no existe precedente que indique se invierte la carga de la prueba en el tema de perjuicios, correspondiendo a la parte actora demostrar la existencia real del perjuicio, lo que no quedó demostrado, desvirtuándose la responsabilidad civil de Protección S.A.

Por su parte, el vocero judicial del señor **Jorge Iván Vargas Álvarez** impetró el recurso de alzada en forma parcial, manifestando disenso frente a las consecuencias dadas a la declaratoria de ineficacia, en la medida en que el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de más de 14 años de desarrollo ha declarado que las consecuencias de la declaratoria de ineficacia es que se genere el traslado o retorno del afiliado hacia el Régimen de Prima Media y que la administradora de pensiones condenada traslade todos los aportes del afiliado junto con sus rendimientos, comisiones, gastos de administración, seguros previsionales, los cuales deben ser incluso indexados.

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.** sostuvo que la entidad es un tercero de buena fe, por lo que la declaratoria de ineficacia del traslado le resulta inoponible, aduciendo que si bien el juzgador de primera instancia señaló que absuelve a Colpensiones de las pretensiones, es la entidad que en últimas asume las consecuencias de dicha declaratoria, por lo que solicita no se conceda la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta para ello que el derecho de selección

de régimen no es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.

En el evento de que se decrete la ineficacia, solicita la devolución de todos los aportes efectuados por el demandante, debidamente indexados conforme a la sentencia CSJ 31989 de 2008, además de la devolución de cuotas de administración.

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 **Jorge Iván Vargas Álvarez** 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 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 Jorge Iván Vargas Álvarez nació el 13 de noviembre de 1962, conforme a la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 60 del anexo 03 del expediente digital.

- Que el actor se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Protección S.A., el 28 de julio de 1994, con efectividad del 1° de agosto de la misma anualidad, tal y como se desprende de la certificación SIAFP, obrante a folios 63 del anexo 08 del expediente digital.

- Que el pretensor ha cotizado un total de 1794.43 semanas en su vida laboral, tal y como informa la historia laboral expedida por Protección S.A., militante a folios 65 a 83 del anexo 08 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 señor Jorge Iván Vargas Álvarez al Régimen de Ahorro Individual, en la fecha 28 de julio de 1994, 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?

2.4.- TESIS DE LA SALA

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.

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 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.*”

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, SL 932 del 15 de marzo de 2023 y SL1084 del 22 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 Jorge Iván Vargas Álvarez, se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A., el 28 de julio de 1994, tal y como informa la certificación SIAFP, obrante a folios 63 del anexo 08 del expediente digital, relevando que no obra en el plenario copia del formulario de afiliación suscrito en dicha oportunidad, no obstante, de haberse aportado, es claro que dicho formulario no daría cuenta por sí solo de la información brindada al accionante, tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“Conforme al reiterado criterio de esta Sala, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”* (sentencia SL932 de 2023); y es por ello que del simple formulario de afiliación no puede inferirse la voluntariedad informada del

traslado de régimen pensional de la demandante, 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 Protección S.A. en 1994, que en su lugar de trabajo tuvo una reunión en la que les dijeron que la mejor opción era pasarse a un fondo privado, que sería más segura la pensión, afirmando que no le hablaron de rendimientos, no le hablaron de aportes voluntarios y que no hubo información adicional.

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, pues así lo reconoció en el interrogatorio, 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 la 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, tal y como lo refirió la apoderada de la AFP Protección S.A., 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 entregó 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 Jorge Iván Vargas Álvarez retorne a su estado anterior, como acertadamente lo reclaman los recurrentes, ello implica que el demandante conserva válida su afiliación al Régimen de Prima Media.

Se sigue de lo anterior, que la orden impartida 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 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 este proceso no fue pretendida la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la AFP, 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.

De otra parte y en relación con las consecuencias de la ineficacia debe subrayarse que la ineficacia supone que el acto no produce efectos jurídicos, por lo tanto, no pueden excluirse del traslado, las comisiones de administración, los seguros previsionales, ni los aportes al Fondo de Garantía Mínima, teniendo en cuenta que estos afectaron el valor de la cotización del demandante y al ser declarada la ineficacia, los pagos y deducciones, quedan sin causa jurídica, debiéndose trasladar el aporte completo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para garantizar el financiamiento de la futura pensión del actor.

No puede afectarse, además, el fondo común de naturaleza pública del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la disminución de la cotización en favor de la administradora accionadas, y, teniendo en cuenta, que fue Protección S.A., quien dio lugar a la sanción del acto jurídico, en virtud del incumplimiento al deber de información y siendo la entidad en la cual se encuentra vigente la afiliación del promotor del proceso, por lo tanto, debe asumirlo aun de su propio patrimonio, conforme al artículo 963 del Código Civil.

Respecto a los rendimientos generados, mientras estuvo activa la afiliación, se precisa que 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 los porcentajes de seguros previsionales, si bien los mismos ampararon los riesgos de invalidez y muerte en vigencia de la afiliación del pretensor, también generaron la disminución de la cotización y al quedar sin efecto la afiliación, también deben ser trasladados, siendo claro que, al no estar estos conceptos dentro de la cuenta de ahorro individual del demandante, deben ser trasladados con cargo a los propios recursos de las AFP demandadas 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 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 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 más recientemente en la sentencia SL 1084 de 2023, al sostener:

“De igual modo, dicha entidad deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros

previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones (CSJ SL3465-2022, CSJ SL2229-2022 y CSJ SL3188-2022)”.

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 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 los recursos de apelación 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 14 de agosto de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en el proceso ordinario laboral instaurado por el señor Jorge Iván Vargas Álvarez contra la AFP Protección S.A. y Colpensiones S.A., y en su lugar:

- a) Se **DECLARA** la ineficacia de la afiliación del señor Jorge Iván Vargas Álvarez al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP Protección S.A., en la fecha 28 de julio de 1994.
- 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.

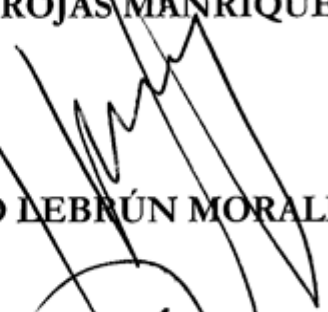
3.- Sin costas en esta instancia.


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 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 ALBERTO LEBRÚN MORALES


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO