

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTES	: CONSUELO VILLERO DUARTE
DEMANDADOS	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-003-2020-00375-01
RADICADO INTERNO	: 041-23
DECISIÓN	: REVOCA, DECLARA Y ORDENA
ACTA NÚMERO	: 073

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelve los recursos de apelación en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

De conformidad con el certificado de cámara de comercio allegado al correo institucional, se extrae que en escritura pública 584 de 13 de marzo de 2017, modificado en escritura pública 832 del 9 de julio de 2020, el Dr. JUAN MANUEL TRUJILLO SÁNCHEZ (en calidad de representante legal de la sociedad COLFONDOS S.A.), le dio poder general al Dr. JOHN WALTER BUITRAGO PERALTA, por cumplirse los requisitos establecidos en los artículos 74 y 75 del CGP se le reconoce personería.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia y/o nulidad del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual administrado por COLFONDOS S.A. por la falta de información; que la demandante permanece afiliada sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media.

Se condene a las accionadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. a trasladar a Colpensiones el total de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, junto con sus rendimientos financieros.

Se le ordene a Colpensiones a recibir el valor de los aportes trasladados por las codemandadas e imputarlos en la historia laboral de la demandante. Se condene a la parte demandada al pago de costas procesales.

Fundamenta sus pretensiones en que, nació el 8 de febrero de 1961, cumplió 57 años de edad en el año 2020 pero sigue laborando y no ha realizado el retiro efectivo al sistema; realizó cotizaciones a CAJANAL desde el 1º de septiembre de 1987; el 5 de septiembre de 1994 se trasladó a COLFONDOS S.A., oportunidad en que el asesor no le explicó su verdadera situación pensional y por el contrario le informó que las características del Régimen de Ahorro Individual eran más beneficiosas que el Régimen de Prima Media. el 15 de enero de 1999 se trasladó a DAVIVIR PENSIONES hoy PROTECCIÓN S.A., oportunidad en que le informaron que tendría una pensión mejor que en los demás fondos; el 30 de octubre de 2000 se trasladó a PORVENIR S.A. al informarle que con ese fondo conseguiría una pensión mayor.

El 19 de octubre de 2019 elevó derecho de petición a PORVENIR S.A. para que realizaran simulación pensional en ambos regímenes, entre otras peticiones, informándole el fondo en mención, que para el año 2021 la demandante tenía en su cuenta de ahorro individual \$194.088.816 capital insuficiente para acceder a la pensión, sin que esto se lo hayan informado. Señala el actor que en Colpensiones su mesada pensional ascendería a la suma de \$1.590.000 aproximadamente.

Ante la omisión de COLFONDOS en suministrar información clara y suficiente, que le permitiera tomar una decisión libre, voluntaria y exentas de vicios, generaron que mi representada tuviera un futuro pensional incierto al elegir un sistema pensional que no le convenía, por lo que dicha afiliación se torna ineficaz.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

La accionada COLFONDOS S.A. aceptó la afiliación a COLFONDOS S.A. en 1994. No es cierto que el asesor no brindara información, porque la misma fue amplia, suficiente, completa y veraz, le entregó información objetiva sobre el

Régimen de Ahorro Individual y comparación con el Régimen de Prima Media y sin omitir a la verdad. No le constan los demás hechos de la demanda. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, ratificación de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (expediente digital 14).

La sociedad PROTECCIÓN S.A. en la contestación a la demanda manifestó que es cierto la fecha de nacimiento, el cumplimiento de los 57 años de edad y que siga laborando; la afiliación a DAVIVIR. No es cierto que al momento del traslado, el asesor no le brindara información suficiente; en relación a la mesada pensional en el Régimen de Prima Media, indica que el asesor le brindó asesoría. No le constan los demás hechos. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Presentó como excepciones, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, prescripción, 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, genérica (expediente digital 15).

PORVENIR S.A. al dar respuesta a la demanda informó que no es cierta la falta de información de su representada, porque la asesoría fue precedida por la entrega de información veraz y oportuna; no es cierto que el formulario de afiliación con PORVENIR S.A. sea del año 2000 sino que es del 30 de octubre de 2006; no es cierto el derecho de petición y lo relativo a la respuesta dada por la entidad, porque se trata de un resumen incompleto y descontextualizado del documento que obra en el expediente. Lo relativo a la reclamación administrativa no es un hecho. No le constan los demás hechos. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Presentó como excepciones, las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (expediente digital 17).

En la contestación a la demanda, Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda. En relación a los hechos de la demanda acepta la fecha de nacimiento, el cumplimiento de los 57 años de edad y que continúa laborando; y la reclamación administrativa elevada. No le constan los demás hechos, pero

aclara que la demandante realizó cotizaciones al ISS alcanzando a cotizar 122.71 semanas. Propuso las excepciones de falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, imposibilidad de la responsabilidad de la AFP COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y Porvenir S.A. ante Colpensiones, en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad siu generis de las entidades de la seguridad social, un juicio de proporcionalidad y ponderación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la constitución política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, buena fe, prescripción de la acción laboral, imposibilidad de condena en costas, no procedencia de condenas por ultra y extra petita, e innominada (expediente digital 19).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 23 de enero de 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ que las AFP PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A no demostraron en este proceso el cumplimiento de su obligación de diligencia debido y buen consejo, que debieron desplegar en favor de la demandante cuando esta se afilió a dichas entidades, al no darle a ella, información clara, veraz y oportuna al momento de la afiliación y a lo largo de ella; declaró que las AFP PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS S.A causaron menoscabo (disminución o limitación) a la seguridad social en pensiones de la demandante; declaró la responsabilidad constitucional y profesional de las AFP PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS S.A en el menoscabo a la seguridad social en pensiones causado a la demandante. Declaró la inaplicación constitucional (arts. 4 y 53 inciso 5º de la CN y 272 de la Ley 100 de 1993) de los efectos jurídicos acaecidos en cabeza de la demandante, al momento de afiliarse a dichas entidades, por medio de las cuales perdió el Régimen de Prima Media, y en su lugar declarar que la demandante sigue inmersa en el Régimen de Prima Media, pero a cargo de la AFP PORVENIR S.A.

ABSOLVIÓ a Colpensiones de todas las pretensiones, sin perjuicio de las órdenes que se le darán.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, le ORDENÓ a PORVENIR S.A. para que dentro del mes siguiente a la fecha que solicite por escrito la demandante, reconozca, liquide y pague pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media; le ordenó a PORVENIR S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y pague la pensión de vejez bajo

el régimen de prima media a la demandante, solicite por escrito a Colpensiones, elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a la subrogación pensional del demandante y le ORDENÓ a Colpensiones, para que dentro de los dos meses siguientes a la fecha que solicite por escrito PORVENIR S.A., elabore dicho cálculo actuarial y en ese mismo lapso (2 meses), lo presente por escrito a PORVENIR S.A.; a su vez, PORVENIR S.A. lo pague dentro del mes siguiente a Colpensiones. Le ordenó a PORVENIR S.A. que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional que se le ordena, a Colpensiones, continúa obligada a pagar la pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media a la demandante. Colpensiones subrogará a PORVENIR S.A. en tal obligación desde el momento en que reciba el pago real y efectivo del cálculo actuarial pensional.

AUTORIZÓ a la AFP PORVENIR S.A a recobrar por escrito, de COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A. parte del cálculo actuarial pensional así: dentro del mes siguiente a la fecha en que PORVENIR S.A. haya pagado el cálculo actuarial pensional a Colpensiones, recobrará por escrito de COLFONDOS S.A. el 20% de dicho calculo actuarial pensional y de PROTECCIÓN S.A el 3%. A su vez se ordenó a estas dos entidades (COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.) pagar a PORVENIR S.A dentro del mes siguiente a la fecha en que es recobrado por escrito esos porcentajes del cálculo actuarial pensional.

AUTORIZÓ a PORVENIR S.A., a enjugar parte del cálculo actuarial pensional que se le ordena pagar a Colpensiones, tomando para sí (para PORVENIR S.A.) parte de los ahorros pensionales de la demandante, rendimientos financieros, el bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue a la cuenta de ahorro.

Declaró la prosperidad de la excepción propuesta por Colpensiones, de intrasmisibilidad de la responsabilidad de las AFP a dicha entidad. Condenó en costas procesales a cargo de las AFP PORVENIR S.A, AFP PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS S.A en favor de la demandante.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. se aparta de los argumentos dados por el Despacho frente a la falta del deber de información de la accionada, al considerar que en el proceso se probó las múltiples afiliaciones realizadas por el demandan en los fondos privados en forma libre y voluntaria e informada.

Señala que hubo extralimitación de las facultades del juez, porque declaró la responsabilidad y en su decisión se refirió a perjuicios que fueron ocasionados a la demandante sin que en la demanda se hablara de un daño ocasionado por un fondo privado; asegura que la Corte Suprema de Justicia ha limitado las facultades para estudiar los perjuicios, pues pese a existir facultades ultra y extrapetita en materia laboral, es necesario que los perjuicios se debatan en el proceso y en este proceso no se hizo alusión a un daño ocasionado por el traslado de régimen pensional. En caso de haberse solicitado un tipo de indemnización de perjuicios o se hubiera hablado de un tipo de perjuicios, en este evento no se probó, teniendo la carga probatoria de demostrar los 3 elementos constitutivos de la responsabilidad civil; no era PORVENIR S.A. quien debía probar que no ocasionó un daño; no se está en presencia de un daño consolidado que permita inferir que a la demandante si se le ocasionó un perjuicio dado que se trata de una afiliada y actualmente se encuentra cotizando al sistema.

En primera instancia se invocan sentencias que tenían circunstancias fácticas distintas, pues en el evento de los pensionados, se pueden solicitar una indemnización de perjuicios, pero la demandante ostenta la calidad de afiliada.

En segundo lugar, frente a la condena impuesta a PORVENIR S.A. a pagar una mesada pensional bajo los lineamientos del Régimen de Prima Media, resalta que el legislador ha regulado dos tipos de regímenes pensionales y creó reglas para el pago de las prestaciones en ambos regímenes, sin que se pueda obligar al pago de una prestación bajo normatividades que no son aplicables; a diferencia de lo señalado en la sentencia, considera que se tratan de dos regímenes excluyentes y por eso se han creado dos sistemas distintos.

Finalmente reitera la buena fe en el actuar de su representad, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

La apoderada de COLFONDOS S.A. apeló la totalidad de la sentencia, aduciendo que la providencia no cuenta con asidero legal, constitucional, ni jurisprudencial dentro del marco de la ineficacia como lo ha decantado el órgano de cierre. Que la decisión apelada se debió a facultades ultra y extrapetita, desbordando los límites fijados por la Corte Constitucional en cuento a dichas facultades; en la demanda no se solicitó declarara la nulidad sino la ineficacia como lo ha venido señalando la jurisprudencia. Asegura que

no se puede condenar a las accionadas al reconocimiento de la pensión de vejez en términos del Régimen de Prima Media, a la subrogación pensional ni al porcentaje por el cálculo actuarial, porque se estaría en frente de una eventual indemnización de perjuicios lo que conllevaría a que se desborda el marco constitucional, pues quien pretende se repare un daño lo tiene que demostrar; no quedo demostrado que COLFONDOS S.A, haya vulnerado el derecho que le asistió a la demandante a escoger el régimen de pensiones.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. solicita la revocatoria de la sentencia porque la Corte Suprema de Justicia ha determinado que la consecuencia de la ineficacia del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraba antes del traslado, lo que implicaría que la demandante conservó válidamente su afiliación al Régimen de Prima Media y el fondo de pensiones debe proceder con la devolución de los aportes a Colpensiones, por lo tanto, ordenar a las AFP al reconocimiento de una pensión de vejez bajo los parámetros del Régimen de Prima Media y la posterior subrogación de la misma por parte de Colpensiones, no es un efecto propio de la ineficacia ni del precedente. Aunado a ello, en la demanda no se pretende que la AFP paguen la pensión de vejez a título de responsabilidad profesional o de perjuicios, con lo que se vulnera el principio de congruencia y la decisión carece de sustento normativo; imponer dicha carga a las AFP es excesivo, ilegal porque se desconoce la naturaleza del RAIS establecido en la Ley 100 de 1993 y sus reformas e inconstitucional porque las normas del RAIS fueron declaradas constitucional, ir en contra de ello vulneraría el principio de sostenibilidad financiera porque en el RAIS la pensión se liquida de forma diferente al RPM

La facultad *ultra y extrapetita* no permite que el juez decida de manera arbitraria sino con base a hechos probados y debatidos dentro del proceso para evitar violar el debido proceso y el derecho de defensa de la accionada, conforme lo indica la sentencia SL 3614 de 2020. Además, los perjuicios no se presentaron dentro de los hechos y pretensiones de la demanda sin que la accionada haya tenido la oportunidad de debatirlos.

Finalmente, la apoderada de Colpensiones sostiene que pese a decirse que la sentencia es absolutoria a su representada, no comparte la decisión frente a la orden de elaborar cálculo actuarial, para subrogarse de las obligaciones que le fueron asignadas a la AFP PORVENIR S.A., bajo el entendido que la declaración de ineficacia no tiene los efectos de la subrogación y elaboración del cálculo actuarial y como consecuencia deba Colpensiones asumir los

efectos de la ineficacia que allí se declaran; la ineficacia del traslado se debe declarar como lo indicó las sentencias C 1029 de 2004, C 789 de 2002 y SU 130 de 2013; en este caso, no se evidencia que la demandante haya sufrido afectación al perder el derecho de transición, sin embargo no se hizo en la fijación del litigio el análisis si la demandante lo conservaba; no se analizó la vulneración de los derechos fundamentales de Colpensiones, que es quien vería afectado el principio de sostenibilidad financiera al tener que asumir las obligaciones dentro de un negocio que no fue partícipe, y más cuando la demandante no se encontraba afiliada al momento en el cual hizo su afiliación inicial al Sistema General de Pensiones a través del RAIS, pues estaba en CAJANAL, por lo que no se puede decir que deba retornar a un régimen al cual no ha pertenecido pues nunca ha cotizado a Colpensiones. La demandante no solicita el reconocimiento de la prestación, sino, que se ordene el traslado de régimen dejando en firme la afiliación que realizó al Régimen de Prima Media, con la manifestación que hay una diferencia en la mesada, lo cual no es suficiente.

Se extra limita el A Quo, al no emitir una orden conforme a las pretensiones de la demanda vulnerando el debido proceso y el derecho de defensa de la accionada; en la fijación del litigio el juez excediendo las facultades ultra y extrapetita cuando decide hacer el análisis del reconocimiento de la prestación, y si bien, la demandante tiene la edad y semanas, el juez se debió abstenerse de emitir la orden.

No está evidenciando el perjuicio económico, que son los fundamentos en los cuales se sustenta la sentencia para decir es procede la declaratoria de ineficacia constitucional; no comparte que tenga que realizarse un cálculo actuarial, porque se trata de una orden que en segunda instancia no se ha estimado.

También se aparta de la decisión, porque hay una carga probatoria mínima en cabeza del demandante al no bastar la simple afirmación de la falta de información; si bien, la carga de la prueba en este sentido no está en cabeza de Colpensiones, los efectos de la declaración de la ineficacia afectan a la entidad por el interés de devolverse.

Que, si bien se trata de una afiliada, la demandante tiene el status de pensionada, por lo que se debe mira de forma analógica a la luz de la sentencia SL 373 de 2021.

Con base en lo expuesto, solicita que no se acceda a las pretensiones de la demandante, no se declare la ineficacia con base en la motivación de la sentencia que emitió el Juez, porque no puede declararse la ineficacia del traslado respecto de personas que ya tienen menos de 10 años, tal y como es el caso de la demandante; que se debe tener en cuenta que su afiliación válida es al Régimen de Ahorro Individual; y si existe la diferencia de la mesada pensional, existe otro mecanismo que está dado por la Corte Constitucional y no es pretensión en este proceso, reclamar la indemnización de perjuicios, por lo que le quedaría la posibilidad de presentar en otra instancia y ventilar dicha inconformidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de COLFONDOS S.A. solicita la revocatoria de la sentencia, dado que en segunda instancia se han proferido sentencias que dejan en evidencia la inviabilidad de las ordenes emitidas en primera instancia, como es la emitida en el proceso con radicado 03-2016-1489 Magistrado Guillermo Cardona Martínez y radicado 03-2018-483 Magistrada Sandra María Rojas Manríquez.

En el evento de mantenerse la declaratoria de la ineficacia con los efectos propios de la figura, solicita no se le ordene a su representa a trasladar los gastos de administración, dado que estos se causan y descuentan por disposición legal y conforme el Decreto 2555 de 2010, estos tienen una destinación específica, en 11 gastos, los cuales corresponden a garantizar la defensa judicial del fondo, para la compra de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, en virtud de los cuales, la actora ha estado amparada por los riesgos de invalidez y muerte, es decir, la contratación y pago de las pólizas previsionales, cumplieron y siguen cumpliendo su destinación y los 9 gastos, son destinados únicamente para realizar las inversiones que hacen los fondos privados; el decreto en mención señala que el manejo de esos recursos es vigilado por la Superintendencia Financiera, y los fondos de pensiones de las utilidades que reciben como sociedad, deben crear reservas que garanticen la rentabilidad mínima mediante el mecanismo creado por esa norma; que la rentabilidad generada por COLFONDOS S.A. es superior a la generada por Colpensiones, por lo tanto, ordenar el traslado de los gastos de administración, es generar un enriquecimiento sin causa a Colpensiones porque los gastos de administración, el porcentaje destinado a

la contratación y pago de las pólizas previsionales, son factor de financiación de la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media.

Tampoco es posible que se ordene la indexación de los conceptos que se ordenen trasladar porque los rendimientos generados son superiores a los que hubiera podido generar a Colpensiones, si la parte actora nunca se hubiera trasladado de régimen; además ese rubro no fue solicitado en la demanda, ni incluido en la fijación de litigio; sustenta su posición con apartes de la sentencia del 24 de junio 2021, radicado 05001-31-05-015-2019-00531-01 Magistrada María Eugenia Gómez Velásquez, del 4 de junio de 2021, radicado 05001-31-05-007-2018-00761-01 Magistrada Martha Teresa Flórez Samudio, entre otras.

Y señala que la Corte Constitucional en sentencia SU 062 de 2010, le impuso la obligación al I.S.S., de informarle al afiliado cuál era la diferencia en el valor de los aportes entre los dos regímenes sobre el saldo a trasladar y acordar con este un plazo prudencial para que el interesado asumiera la diferencia resultante, por lo que de presentarse la misma, será la parte demandante quien la asuma, por lo que tampoco podrá ordenarse en segunda instancia, que Colfondos asuma una eventual diferencia en el valor de los aportes.

La apoderada de PORVENIR S.A., en relación con los perjuicios reconocidos por el A Quo, considera que no se encuentran demostrados, porque las simulaciones pensionales no están en un nicho jurídicamente consolidado, no son un derecho adquirido por la demandante, dado que carece de un reconocimiento de derecho pensional por parte de las AFP demandadas en vista que se encuentra en construcción; no se puede reconocer un perjuicio cuando la demandante no logra probar que efectivamente se presentó; hubo un uso indebido de las facultades extra y ultrapetita conforme se extrae de la sentencia SL 3614 de 2020 y en la demanda no se solicita el reconocimiento de perjuicios.

En lo que respecta a la declaración que la demandante continúa inmersa en el régimen de prima media, asegura que no existen razones fácticas ni jurídicas para esa declaración porque el traslado se realizó en forma libre, voluntaria y sin presiones; además, el formulario de afiliación cumple los requisitos exigidos al momento del traslado de régimen, cumplió con su deber de información, establecido en el art. 97 del Decreto 663 de 1993; la prueba documental que extraña el juez, frente a aquellos documentos que acrediten

la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte accionante pues, esta obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera de Colombia; la motivación para iniciar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre los regímenes, por lo tanto, lo que motiva a la parte demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma en como este se produjo, y la Corte Suprema de Justicia ha explicado que dicha circunstancia no puede predicarse un engaño; la entidad realizó campañas masivas para la educación del consumidor financiero. La obligación del buen consejo, la doble asesoría y desincentivar la afiliación, son obligaciones posteriores que surgieron a partir del año 2010 y 2014 y ello fue objeto de pronunciamiento en las sentencias SL 1688, SL 1689 y SL 3464 de 2019.

En relación con la orden de pagar pensión de vejez con las reglas del Régimen de Prima Media, considera que la decisión no se encuentra acorde con el ordenamiento jurídico, al desconocer que el legislador creó y reguló dos sistemas pensionales, excluyentes entre sí y con formas de reconocimiento y liquidación de prestaciones económicas distintas; no es procedente que se imponga el pago de una prestación acorde con un régimen pensional que no es el propio que la regula; dicha condena fue producto de las extra limitaciones del juez.

Finalmente sostiene que no es procedente la condena en costas, porque la entidad obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado.

La apoderada de Colpensiones reitera aspectos enunciado en el recurso de apelación, y adiciona que no debe subestimarse la información suministrada por las AFP al momento del traslado, así como durante el tiempo que duró afiliada al RAIS y cuál es el alcance de la asesoría brindada para el año 1994. Remite la sentencia SL 1452 de 2019. Reitera que no hay perjuicio económico a la parte demandante por parte de las AFP privada, porque a la fecha del traslado al RAIS, no tenía ningún derecho consolidado o expectativa legítima; la carga de la prueba no está sólo en cabeza de las AFP y se debe tener en cuenta las condiciones particulares de la parte demandante, como se indicó en la sentencia T 422 de 2011; el silencio de la parte demandante en el transcurso del tiempo, debe entenderse como una decisión consciente de permanecer en el régimen; no comparte la pérdida del régimen de prima media

por aplicación constitucional, toda vez que no se evidencia que se haya violentando un derecho social o un principio, toda vez que en el sistema general de pensiones existen dos regímenes y la afiliada acudiendo a su voluntad y autonomía para escoger entre uno u otro régimen.

Conforme las sentencia C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU 130 de 2013 únicamente los afiliados con 15 años o más de servicios cotizados al 1° de abril de 1994, pueden trasladarse en cualquier tiempo y conservar los beneficios del régimen de transición, sin embargo, la demandante no cumple con estos requisitos. No se puede acceder a la pretensión de la demandante por aplicación constitucional de la ineficacia al ser violentado el principio de sostenibilidad financiera.

De ser declarada la ineficacia del traslado y se ordene a Colpensiones asumir las obligaciones, solicita se ordene la devolución de la totalidad de los aportes al régimen de prima media, de manera que se garantice el reintegro de la totalidad de la cotización, esto es: Recursos cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros Previsionales, cuotas de administración, mermas en la cuenta individual con base en las sentencias 31989 de 2008, SL 17595 de 2017, SL 4989 de 2018, SL 1421 de 2019 y SL 2329 de 2021; si la sumatoria de todos los conceptos que se ordenan trasladar resulten ser inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que la parte demandante hubiera permanecido en el RPMPD, será la AFP PORVENIR S.A. quien asuma la diferencia que resultare en proporción al periodo durante el cual la parte demandante permaneció afiliada a dicha AFP.

Solicita no se imponga condena en costas porque se trata de un tercero que no participó en el traslado.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud de **los recursos de apelación**: i) Si hay lugar a revocar la ineficacia del traslado por inaplicación constitucional, los perjuicios reconocidos en primera instancia y la pensión de vejez a cargo de PORVENIR S.A.; ii) Si hay lugar a revocar la orden dada a Colpensiones de elaborar el cálculo actuarial con miras a la subrogación pensional y el pago de la pensión de vejez, una vez reciba el cálculo actuarial por PORVENIR S.A. por ser una decisión que no es

congruente con la demanda; iii) Si se debe absolver a Colpensiones de las órdenes impartidas, porque la demandante no estuvo afiliada a la misma sino a CAJANAL.

En el **grado jurisdiccional de consulta** a favor de Colpensiones, en caso de declarar la ineficacia del traslado, se deberá determinar: i) si las AFP PORVENIR S.A. debe trasladar a Colpensiones el capital ahorrado por la demandante en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes debidamente indexados, y el porcentaje de garantía de pensión mínima; ii) Si las accionadas COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A deben trasladar a Colpensiones los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes debidamente indexados, por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada uno de ellos.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por edad, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía 35 años de edad al haber nacido el 3 de febrero de 1961 (fl. 4 del expediente digital 03); la demandante tiene cotizaciones al Régimen de Prima Media (CAJANAL) desde el 1º de septiembre de 1987 al 4 de septiembre de 1994, esto según se puede inferir del formulario de afiliación de COLFONDOS S.A en el que se plasmó que al momento de solicitar el traslado en 1994, la entidad anterior era CAJANAL y reposa en la historia laboral de PORVENIR S.A. el periodo cotizado con anterioridad a la afiliación realizada a COLFONDOS S.A (fls. 11 y 23 del expediente digital 03); solicitó traslado a COLFONDOS S.A según formulario de afiliación del 5 de septiembre de 1994 (fl. 23); luego solicitó traslado a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. el 15 de enero de 1999 (fl. 8); cotizó al ISS desde el 1º de agosto de 1999 al 19 de abril de 2006, oportunidad en que cotizó 122.71 semanas según la historia laboral que reposa en el expediente digital 22, y nuevamente retornó al Régimen de Ahorro Individual cuando solicitó traslado a PORVENIR S.A. el 30 de octubre de 2006 (fl. 9 del expediente digital 03).

Por lo anterior el problema jurídico se resolverá en el siguiente orden:

- 1. De las facultades ultra y extra petita y el principio de la congruencia**

El art 42 del CGP frente a los deberes del juez, establece en el numeral 5º: *“Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia.”*

El artículo 281 del C.G.P aplicable en materia laboral por disposición del artículo 145 del C.P.L establece que: *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”.*

Con respecto a las facultades ultra y extra petita establece el artículo 50 del C.P.L que *“el Juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, **cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados...**”*

En sentencia con radicado 38.224 del 2011 con ponencia del magistrado Carlos Ernesto Molina Monsalve, con respecto a los fallos ultra y extra petita y a la congruencia de la sentencia manifestó que: *“En materia laboral, dicho postulado encuentra una excepción en cuanto a que la ley permite que los juzgadores de única y primera instancia fallen en torno a súplicas jamás invocadas en el libelo genitor (aspecto de su calidad) e, incluso, los reviste de la facultad de decidir materias cuantitativamente superiores a las pedidas (aspecto relativo a la cantidad).”*

En orden de lo anterior debe tenerse en cuenta que para la procedencia de los fallos ultra petita es necesario la verificación de dos condiciones tal y como se ha establecido en sentencia C 662 de 1998. Estas condiciones son: i.) Que los hechos en que se sustenta se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y ii.) Que los mismos estén debidamente probados.

Aplicando la normativa y jurisprudencia al caso concreto considera la Sala que el Juez de primera instancia extralimitó las facultades ultra petita, pues de la demanda inicial, según las pretensiones contenidas en la misma iba dirigida estrictamente a que se declarara la ineficacia y/o nulidad del traslado de

régimen pensional y que la parte demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad y en consecuencia se le ordenara a las sociedades PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A a trasladar a Colpensiones los aportes de la cuenta de ahorro individual y rendimientos.

Siendo así las cosas, cuando la sentencia de primera instancia declara la inaplicación constitucional en el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual de la parte accionante, la causación de un grave perjuicio económico a la misma, y le ordenó a la sociedad PORVENIR S.A. reconocer, liquide y pague pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media, que dicha AFP solicitara a Colpensiones, la elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional, le ordenó a Colpensiones a realizar el cálculo actuarial pensional, le ordenó a PORVENIR S.A. que mientras no pague el cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional a Colpensiones, debía continuar reconociendo, liquidando y pagando la pensión de vejez a la demandante, autorizó a la AFP PORVENIR S.A a recobrar por escrito, de COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A. parte del cálculo actuarial pensional para que PORVENIR S.A. recobrará por escrito de COLFONDOS S.A. el 20% de dicho calculo actuarial pensional y a PROTECCIÓN S.A el 3%, a sabiendas que se tratan de pretensiones que no fueron solicitadas en la demanda y frente a las cuales las accionadas COLFONDOS S.A, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y Colpensiones, no tuvieron la oportunidad de ejercer una defensa en el proceso, se genera una vulneración al derecho fundamental al debido proceso, contradicción y defensa. Razones que llevan a que la sentencia emitida en primera instancia sea REVOCADA.

Aunado a lo anterior, frente a los perjuicios declarados en primera instancia, es necesario traer a colación sentencia del 9 de julio 2012, radicación 2002-00101-01 de la Sala Civil de la CSJ en la cual se considera imprescindible la demostración del perjuicio para que se genere la indemnización, al sostener “... *no bastarán para que el reclamante se haga acreedor a una indemnización, sino que a la confluencia de esos requisitos deberá agregarse la demostración del perjuicio sufrido y del nexo de causalidad con la conducta del autor.*”, cosa que no ocurrió en el presente proceso, en tanto que, en el petitum de la demanda no obra solicitud de reconocimiento de perjuicio alguno, tampoco fueron acreditados por la parte activa de la litis.

2. De la ineficacia del traslado

El A Quo en su providencia, declaró la inaplicación constitucional de pérdida del Régimen de Prima Media de la parte demandante, y declaró que sigue inmersa en el Régimen de Prima Media a cargo de PORVENIR S.A.; que existe una diferencia en las mesadas que la parte actora recibiría en los diferentes regímenes pensionales, con lo que se demuestra un daño efectivo y real por la falta de información.

Al respecto considera la Sala que el A Quo mezcla dos conceptos contrarios para proferir la condena, lo primero es que si la condena se da a título de indemnización, quiere ello decir, que se causaron unos perjuicios que deben ser reparados, perjuicios que con relación al reconocimiento pensional, no se han causado, pues la misma no se ha producido y por tanto el daño no sea consumado, entonces, como no es con relación a la prestación económica, se tenía que probar la culpa, el daño que ocasiona un real perjuicio y el nexo de causalidad del traslado; y de otro lado el Sr. Juez argumenta, el concepto que al existir normas de protección de derechos fundamentales, llamados por otros constitucionalistas, “derechos subjetivos absolutos”, al desconocerse su función, se debe reintegrar el estado de cosas correspondientes a la situación jurídica protegida como sería la protección a la seguridad social en lo relativo a la pensión de vejez, entre otras, sería entonces irrelevante la culpa, el daño y la relación de causalidad, pues lo que se busca es restablecer, reintegrar o restituir derechos subjetivos o reales, y no repararlos que es lo buscado en la responsabilidad civil.

Por lo anterior, lo coherente dentro de los argumentos del A Quo sería que al ser desconocidos no solo el artículo 271, sino el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, es decir otros derechos fundamentales como la dignidad, los derechos de los trabajadores, afincado por la Corte Suprema de Justicia sólo en el derecho a la libertad de información en el traslado de régimen pensional, el derecho subjetivo y fundamental a la pensión de vejez, debería ser reintegrado, es decir, reconocérsele el derecho a la pensión en los términos del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, debiéndose condenar a la entidad del Régimen de Ahorro Individual al pago de la pensión en los términos del Régimen de Prima Media, pero sin recurrir a la responsabilidad civil contractual.

Por otro lado, considera la Sala que tampoco le asiste la razón al A Quo y a la apoderada de Colpensiones, cuando consideran improcedente el regreso automático a Colpensiones de las personas que le faltan menos de 10 años para pensionarse, toda vez que no se puede olvidar, que el análisis que se realiza en los eventos donde se solicita la ineficacia del traslado o de la afiliación, versan exclusivamente en la falta de información suficiente, amplia y oportuna por parte de los fondos de pensiones, al momento de realizarse la afiliación o el traslado de régimen, dado que esto tiene una relación directa con la validez o no del acto jurídico celebrado. Al respecto, la sentencia SL 2621 de 2021 señaló:

*“Así pues, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar, se itera, si se tiene o no un derecho consolidado, un beneficio transicional o si se está próximo a pensionarse, **dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo** (SL1688-2019).” (Negrilla de la Sala)*

Y porque la ineficacia del traslado puede ser declarada, aún en los eventos, en que el afiliado cuente con menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, en vista que con esta declaratoria lo que se busca es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la afiliación o traslado al Régimen de Ahorro Individual.

Y la sentencia 3034 de 2021 señaló al respecto *“Así mismo, es un desaguizado centrar el análisis en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, **puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado** efectuado a la AFP Porvenir SA en el año 2000, con lo cual, se desdibujó por parte del Colegiado de instancia el pedimento efectuado desde el escrito inaugural (CSJ SL1475-2021).” (Resalto de la Sala).*

Y frente a la sostenibilidad financiera, para esta Corporación este principio no se violenta con la declaración de la ineficacia del traslado, porque si los efectos del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban y entre ellos, se integra la devolución en forma plena y retroactiva, con esta decisión se está protegiendo la sostenibilidad de Régimen de Prima Medía. Aunado a ello, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 de 2020 se pronunció al respecto, señalando:

“Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

En este orden de ideas, la posición de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia es que el derecho a la seguridad social es irrenunciable conforme el artículo 48 y 53 de la CP, por ello cualquier pretensión de cambio en las condiciones de este derecho pensional debe ser tomado de manera autónoma y consiente con una comprensión volitiva tal que no quede duda que la información entregada por la entidad para que con la libertad e información, la persona pueda decidir si se cambia de régimen o no.

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior **es libre y voluntaria** por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará 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”,* y si nos remitimos al art 271 de la Ley 100 señala que **no será eficaz el traslado** si se menoscaba la libertad, la dignidad humana, los derechos de los trabajadores que son sujetos de protección, y dice que *“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...”* no solo a la multa sino que dice en forma expresa *“... La afiliación respectiva **quedará sin efecto** y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*, o sea que se refiere a una ineficacia.

Desde el **Decreto 720 de 1994**, por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, en el capítulo relativo a LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, en sus artículos 10 y 12 respectivamente reza:

“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que **impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados-** en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad **compromete la responsabilidad de la sociedad administradora ...”.** (Resalto fuera del texto)

“OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones **deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información** a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.” (Resalto fuera del texto)

Este deber profesional que existe desde 1994, ese de información que permita al usuario tomar una decisión libremente consentida, es decir, **la carga de la prueba correspondería a la entidad demandada**, y que en estos casos corresponde a que se demuestre: cuál fue la información que se le entregó y en qué vastedad se presentó. Tal conceptualización se encuentra en la sentencia SL 12.136-2014, Rad. 46.292 del 3 de Sept. de 2014, M. P. Dra. ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, que reza:

“...A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos pensionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;....”.

Desde ahí ha existido una línea jurisprudencial, entre otras la de radicado 17.595 de 18 de octubre de 2017, en donde se dice, que la información tiene que ver con: 1º. La antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, 2º. El deber de información concreto y comprensible; y 3º. Que sea de manera prudente, y de manera más específica. Igualmente, la sentencia SL 19.447 de 2017 con radicado 47.125, que indicó que aun operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición.

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL 1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877, 4811 de 2020, SL 1217 y 782 de 2021, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin

que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada **COLFONDOS S.A (que es la AFP que realizó el traslado de régimen pensional en 1994) y PORVENIR S.A. (que realizó el traslado de régimen pensional en el año 2006)**, no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de trasladarse de Colpensiones, sin que les hayan dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se violenta el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvo efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles (sentencia SL 3202 de 2021 que remite a las sentencias SL 1688 de 2019, SL 12715 de 2014, 28.479 de 2008, 39.347 de 2012 y 8397 de 1996) y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. La sociedad COLFONDOS S.A **no aportó** prueba que lleva a concluir que al momento de trasladarse de ISS al Régimen de Ahorro Individual, **le dieron una información completa y suficiente**, y PORVENIR S.A. aportó certificado de afiliación, historia laboral, extracto del fondo de pensiones, formulario de afiliación, relación histórica de movimientos, respuesta a solicitud elevada por la demandante, historial de vinculaciones, comunicados de prensa y concepto de la superintendencia financiera del 15

de enero de 2020 (expediente digital 22) con el que **tampoco se logra demostrar que le dieron información completa y suficiente.**

En virtud de lo analizado en el plenario, se hace necesario precisar, que la demandante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media por medio de CAJANAL, desde el mes de septiembre de 1987 según se extrae del historial laboral de PORVENIR S.A. de fl 11 del expediente digital y de fl 37 del expediente digital 17).

Ahora bien, en relación a la entidad a la cual se debe ordenar el traslado de la demandante, en vista que la Sra. CONSUELO VILLERO DUARTE pertenecía al régimen de prima media administrado por CAJANAL con anterioridad al año 1994 y que la Ley 1151 de 2007 en su art. 155 señaló:

*“... **Colpensiones será una Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida**, de carácter público del orden nacional, para lo cual el Gobierno, en ejercicio de sus facultades constitucionales, **deberá realizar todas las acciones tendientes al cumplimiento de dicho propósito**, y procederá a la liquidación de Cajanal EICE, Caprecom y del Instituto de Seguros Sociales, **en lo que a la administración de pensiones se refiere**. En ningún caso se podrá delegar el reconocimiento de las pensiones. (...)”*

Es claro para la Sala que el traslado de régimen debe ser a Colpensiones, teniendo en cuenta que esta entidad adoptó la labor de **administradora del Régimen de Prima Media**, y a ella se le encargó realizar el **reconocimiento** de las pensiones de vejez una vez fuera suprimida CAJANAL. Por lo tanto, no saldrá avante la solicitud elevada por Colpensiones en el recurso de apelación.

Así las cosas, en aplicación de la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en calidad de órgano de cierre de la justicia ordinaria laboral, considera la Sala que deberá REVOCADA y en su lugar se DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizado por la Sra. CONSUELO VILLERO DUARTE al Régimen de Ahorro Individual.

Como consecuencia de la anterior declaración, a sabiendas que la afiliación a COLFONDOS S.A queda sin efecto y todo debe retrotraerse al estado al que se encontraba, ello es, debiendo la demandante quedar afiliada al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad, la consecuencia de la ineficacia de la afiliación hace necesario, que se ORDENE lo siguiente:

- La sociedad PORVENIR S.A. traslade los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos generados; así

mismo, deberá trasladar **los gastos de administración** constituidos como anteriormente se explicó por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”* debidamente indexados y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo que la Sra. CONSUELO VILLERO DUARTE estuvo afiliada a dicho fondo.

- Las accionadas COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A trasladen los **los gastos de administración** constituidos por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”* debidamente indexados, por el tiempo que la Sra. CONSUELO VILLERO DUARTE realizó aportes en cada uno de dichos fondos.

Y para tal efecto, se hace necesario precisar, que esta Sala ha sido de la posición, que los conceptos que deben ser trasladados a Colpensiones en los eventos en que se declare la ineficacia de la afiliación corresponde a los siguientes¹:

1º. Capital ahorrado: Conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y con fundamento en las sentencias SL 31.989 de 2008, SL 4964, SL 4989 de 2018, SL 1421, SL 1688, SL 1689 y SL 4360 de 2019.

2º. Rendimientos: En igual sentido este concepto se traslada de conformidad con el art. 113 ídem que señala *“Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos ...”*, y tiene como sustento jurisprudencial las sentencias enunciadas en el numeral anterior.

3º. Los gastos de administración, encuentra su sustento normativo en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 cuando señala: *“... el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y*

¹ Sentencia SL 3051 del 7 de julio de 2021, engloba la obligación de trasladar todos los conceptos, al señalar: “Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJSL373-2021). Criterio que igualmente aplica en relación con los montos destinados a seguros previsionales y el porcentaje destinado a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).”

las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.”, traslado que tiene sustento en lo siguiente:

En lo que respecta a los gastos o cuotas de administración debidamente

indexados, hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece la sentencia SL 1688 , 1689 de 2019 y SL 782 de 2021 y teniendo en cuenta: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al Régimen de Ahorro Individual, 2º) Porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver *“los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”*; así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este concepto; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

La orden que las cuotas de administración se trasladen debidamente indexadas se extrae de la sentencia SL 1688 de 2019, que dijo expresamente:

*“Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a **gastos de administración**, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-*

2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

*En tal sentido, **se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.*** (Resalto fuera del texto)

Y la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, deberán devolverse **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3571 de 2021 se expuso en lo que nos interesa: “... *se adiciona el ordinal segundo en el sentido de condenar a Colfondos SA a trasladar, también, ... y los valores utilizados en seguros previsionales, con destino a Colpensiones, debidamente indexados, por cuanto la restitución de las cosas a su estado anterior debe ser plena o completa (CSJ SL2877-2020)*”

Conceptos que no prescriben teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar. En igual sentido, se ha pronunciado las sentencias SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021.

4º. Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima: el traslado de estos aportes se encuentra igualmente consagrado en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 porque al tratarse de un aporte propio del Régimen de Ahorro Individual, no encuentra un equivalente en el Régimen de Prima Media, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

Y no sobra manifestar, que esta Corporación considera que el **principio de sostenibilidad financiera** no se violenta con la declaración de la ineficacia del traslado, porque si los efectos del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban y entre ellos, se integra la devolución en forma plena y retroactiva, con esta decisión se está protegiendo la sostenibilidad de Régimen de Prima Medía. Aunado a ello, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 de 2020 se pronunció al respecto, señalando:

“Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

En consecuencia, con la orden dada en esta providencia, se le ORDENARÁ a Colpensiones a recibir los dineros y por ende, realice la reactivación al Régimen de Prima Media, reflejándose en la historia laboral los aportes recibidos de la demandante sin solución de continuidad.

De conformidad con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL 896 del 23 de marzo de 2022, se ORDENARÁ a las entidades demandadas, que al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la parte demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que se hubiesen producido, y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, con las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, primas para seguros previsionales o cualquier otra causa, debidamente indexados, **los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.**

3. De la elaboración y pago de cálculo actuarial con miras a subrogación pensional

Al respecto, la Sala es de la posición, que no obra en la ley y los decretos reglamentarios, sustento jurídico con el cual la AFP pueda realizar el pago ordenado en primera instancia, en tanto que la función principal es administrar los aportes de sus afiliados, y porque el cálculo actuarial se utiliza en materia pensional para los empleadores que no afiliaron a su trabajador a la seguridad social o ante el incumplimiento de la obligación del empleador de reportar la novedad de ingreso de un nuevo trabajador a su empresa, a través de una reserva actuarial o un título pensional, por ejemplo con base en el literal b, c, d y e del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Aunado a lo anterior, el Decreto 1887 de 1994 cuyo artículo 1º que trata del CAMPO DE APLICACIÓN establece la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que deberán trasladar al Instituto de

Seguros Sociales las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus trabajadores que seleccionen el RPM...”; así mismo el inciso 6 del art. 17 del Decreto 3798 de 2003 señala:

“En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994”.

Ahora, frente a la obligación de aceptar la subrogación como si fuera una conmutación pensional a partir de un cálculo actuarial por parte de PORVENIR S.A. frente a Colpensiones, la resolución 249 de 2013 emitida por Colpensiones, por la cual se adopta la política de distribución de la comisión en procesos de conmutación pensional, señala que *“la conmutación pensional es un mecanismo jurídico y contable, a través del cual una entidad empleadora, para lograr la normalización de su pasivo pensional, transfiere a un tercero, mediante el pago de una suma establecida, la responsabilidad jurídica del pago de pensiones a su cargo.”*

Obsérvese que se trata de un empleador hacia una entidad administradora de pensiones, que requiere de unas etapas, a saber: Etapa I: Pre-cálculo. En esta etapa el interesado en la conmutación pensional manifiesta mediante una solicitud escrita el deseo de iniciar el proceso de conmutación pensional. Etapa II: Conmutación pensional. En esta etapa se formaliza el contrato de conmutación pensional, pero debe solicitar permiso para conmutar ante el Ministerio de Trabajo y la Superintendencia que vigila y regula el tipo de empresa por parte del empleador interesado, situación atípica y poco probable de autorización si se trata de una AFP conmutando una pensión de vejez de constituida a COLPENSIONES, más aún cuando debe atenderse a instrumentos financieros de la superintendencia, que causan diferencias con los aportes y rendimientos en el Régimen de Ahorro Individual frente a los aportes de Colpensiones. En otras palabras, dicha reglamentación está hecha para la formalización de pasivos pensionales de empleadores, no siendo un instrumento útil para lo propuesto por el a quo.

Otra de las razones para revocar la orden de realizar el cálculo actuarial, es porque no se delimitó lo que debía comprender dicho cálculo, y ante ese vacío se puede ver afectados los intereses de la demandante.

En consecuencia, con lo anterior, se REVOCARÁ la orden dada, para que Colpensiones elabore el cálculo actuarial pensional, y entre los dos meses siguientes a la fecha que lo soliciten por escrito PORVENIR S.A., elaborarlo y presentarlo a dicha entidad y PORVENIR S.A. dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba por escrito, el valor del cálculo actuarial pensional de manos de Colpensiones, proceda al pago real y efectivo del mismo.

Decisión que se adopta, toda vez, que, al declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional, PORVENIR S.A. está llamada a realizar la devolución a Colpensiones, de los aportes, rendimientos y demás conceptos enunciados.

Y en consecuencia de la anterior decisión, también se REVOCARÁ la orden dada a Colpensiones, que desde el momento que se le reconozca, liquide y pague realmente el cálculo actuarial pensional por PORVENIR S.A., empiece a pagar la pensión de vejez a la demandante en subrogación de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, se revocará la autorización dada a PORVENIR S.A de recobrar por escrito, a COLFONDOS S.A. el 20% de dicho calculo actuarial pensional y de PROTECCIÓN S.A el 3%.

4. De la pensión de vejez

Se REVOCARÁ la orden dada a PORVENIR S.A. de reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media, al igual que la orden dada a PORVENIR S.A. que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a Colpensiones, está obligada a continuará pagando la pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media a la demandante, y Colpensiones subrogará en tal obligación, a PORVENIR S.A. desde el momento que reciba el pago real y efectivo del cálculo actuarial pensional, en consideración con lo manifestado a lo largo de esta providencia, en donde quedó por sentado que:

1º. En las pretensiones de la demanda no se solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de Colpensiones y 2º) Por medio de esta providencia se declarará la ineficacia del traslado con el consecuente traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual, rendimientos y demás conceptos

enumerados, siendo Colpensiones la encargada de analizar el cumplimiento o no de los requisitos pensionales de la demandante, una vez que la Sra. CONSUELO VILLERO DUARTE acuda para su reconocimiento, y 3º) Obra en el plenario formulario de afiliación elevado por la accionante a Colpensiones solicitando el traslado de régimen (expediente digital 03), sin que se haya le haya solicitado a dicha entidad, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, frente a lo cual se debe decir, que esta Sala es de la posición, que en los eventos que se demanda la ineficacia del traslado y la pensión de vejez, se hace necesario la presentación de la reclamación administrativa a Colpensiones, para que esta tenga la oportunidad de pronunciarse frente al derecho pensional.

Por lo tanto, queda la demandante con la facultad, para que una vez decida solicitar la prestación económica, lo realice ante Colpensiones.

Costas en esta instancia en la suma de \$580.000 a cargo de cada una de las demandadas COLFONDOS S.A, PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A. y Colpensiones, por prosperar parcialmente los recursos de apelación presentados.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, y en su lugar **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación realizada por la Sra. CONSUELO VILLERO DUARTE al Régimen de Ahorro Individual.

SEGUNDO: ORDENARLE a la sociedad PORVENIR S.A. traslade a Colpensiones, los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos generados; así mismo, deberá trasladar **los gastos de administración** constituidos como anteriormente se explicó por “*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*” debidamente indexados y los aportes al fondo

de garantía de pensión mínima, por el tiempo que la Sra. CONSUELO VILLERO DUARTE estuvo afiliada en cada a dicho fondo.

TERCERO: ORDENARLE a las accionadas COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A trasladen **los gastos de administración** constituidos por *“gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”* debidamente indexados, por el tiempo que la Sra. CONSUELO VILLERO DUARTE estuvo afiliada en cada uno de dichos fondos.

CUARTO: ORDENARLE a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y que realice la reactivación al Régimen de Prima Media a través de COLPENSIONES, reflejándose en la historia laboral los aportes recibidos del demandante sin solución de continuidad, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ORDENARLE a las entidades demandadas, que al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que se hubiesen producido, y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, con las cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, primas para seguros previsionales o cualquier otra causa, debidamente indexados, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO: Costas en esta instancia en la suma de \$580.000 a cargo de cada una de las demandadas COLFONDOS S.A, PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A. y Colpensiones, por prosperar parcialmente los recursos de apelación presentados.

SEXTO: Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la providencia AL 2550, radicación 89628 del 23 de junio de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados.


HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-003-2020-00375-01
Radicado Interno 041-23



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTANO CARDONA



SECRETARÍA SALA LABORAL
EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

DEMANDANTES	: CONSUELO VILLERO DUARTE
DEMANDADOS	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-003-2020-00375-01
RADICADO INTERNO	: 041-23
DECISIÓN	: REVOCA, DECLARA Y ORDENA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/148> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 30 de marzo de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 30 de marzo de 2023 a la 5:00pm

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO