

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

DEMANDANTES	: LUZ MARINA LÓPEZ TRUJILLO
DEMANDADOS	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-003-2021-00057-01
RADICADO INTERNO	: 042-23
DECISIÓN	: REVOCA, DECLARA, ORDENA Y CONDENA
ACTA NÚMERO	: 075

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.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, administrado por PROTECCIÓN S.A., efectuado por la demandante, por falta de consentimiento informado y en consecuencia de lo anterior, declarar la ineficacia de la afiliación a PORVENIR S.A.; declarar que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones.

Se le ORDENE a PORVENIR S.A. el traslado inmediato de la demandante a Colpensiones; y trasladar de la totalidad del dinero existente en la cuenta de ahorro individual de la accionante, igualmente, la totalidad del dinero que ingresó al Régimen de Ahorro Individual por concepto de cotizaciones obligatorias, sin ningún tipo de deducción; con los rendimientos financieros del dinero aportado al régimen de ahorro individual y los bonos pensionales a los que haya lugar, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses como lo

dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieran causado.

Se le ORDENE a PROTECCIÓN S.A. a realizar la devolución de los descuentos por las cuotas de administración, comisiones, porcentajes de reaseguro, aportes al fondo de garantía mínima y/o cualquier suma que haya retenido mientras estuvo vigente la afiliación de la demandante en dicha AFP.

Se le ORDENE a Colpensiones a recibir los referidos valores y a aceptar el traslado de la accionante del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media, en los mismos términos de la afiliación inicial. Y se condene en costas procesales.

Fundamenta sus pretensiones en que, nació el 6 de octubre de 1961; el 17 de diciembre de 1980 comenzó a realizar cotizaciones al Régimen de Prima Media a través del ISS; en 1995 al suscribir contrato con la empresa Alcuadrado Ltda, un asesor de PROTECCIÓN S.A le informó que en ese fondo tendría una mejor mesada pensional, se podría pensionar antes de la edad mínima, y le habló de la poca viabilidad financiera del ISS, pero sin suministra información clara, completa y suficiente sobre el verdadero alcance del traslado de régimen; la demandante se vinculó a PROTECCIÓN S.A el 22 de mayo de 1995. Para el momento en que la demandante se trasladó de régimen, tenía 476 semanas en Colpensiones y 123.28 semanas cotizadas a CAJANAL.

La demandante persuadida acerca de que el RAIS sería el régimen que más le favorecería y sin que le suministraran información clara, completa y veraz acerca de las características, funcionamiento, ventajas y desventajas entre ambos regímenes de pensión, y sin que le fuere tomada en cuenta su situación individual; se vinculó a la AFP PORVENIR S.A., el 30 de diciembre de 1997, haciéndose efectivo el 1 de febrero de 1998; el 26 de junio de 2020 radico derecho de petición ante PROTECCIÓN S.A solicitando entre otros aspectos, los documentos relativos al traslado de régimen, estudio previo de las ventajas y desventajas de ambos regímenes; a la anterior solicitud, PROTECCIÓN S.A. dio respuesta el 1º de julio de 2020, indicó en forma evasiva que según el SIAF cuenta con una vinculación con dicha AFP entre mayo de 1995 hasta enero de 1998, y frente al estudio previo, para el momento de la vinculación, la obligación de brindar este tipo de indicaciones rige a partir del 26 de diciembre de 2014.

El 30 de enero de 2020, la demandante le solicitó a PORVENIR S.A. la copia del estudio previo a la afiliación y simulación pensional, y en respuesta del 12 de marzo de 2020 indicó que la vinculación se llevó a cabo mediante la suscripción del formulario y de manera verbal se brindó la información de las ventajas y desventajas, las cuales se ratifican con la suscripción del formulario de afiliación, y frente a la simulación expuso que la mesada pensional a los 58 y 61 años sería de \$877.803, representado en la garantía de pensión mínima. Que al realizar la proyección de la mesada pensional en el Régimen de Prima Media por parte de un experto, se indicó que sería de \$ 1.518.962. con base en las anteriores proyecciones, se constata que no es cierto lo asegurado por los asesores de la AFP PROTECCIÓN S.A., ni PORVENIR S.A.; el 27 de noviembre de 2020 le solicitó a PORVENIR S.A. y Colpensiones el traslado al Régimen de Prima Media; Colpensiones negó la solicitud elevada y PORVENIR S.A. no dio respuesta.

### **RESPUESTAS A LA DEMANDA**

**La sociedad PORVENIR S.A. en la contestación a la demanda** dijo que no es cierto que al momento del traslado la demandante tuviera 476 semanas en el Régimen de Prima Media, por lo que se atiene a la que demuestre la historia laboral; que la demandante haya sido persuadida para trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, porque la afiliación realizada por la parte demandante con PORVENIR S.A. en el año 1997, fue libre, voluntaria e informada, después de haber sido asesorada amplia y suficientemente acerca de las características y condiciones pensionales del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad; no es cierto la forma en que se redacta lo señalado en la solicitud elevada a PORVENIR S.A., la respuesta dada por esta entidad, la simulación de la mesada pensional, y se atiene a la solicitud radicada y las respuestas dadas por la entidad y señala que la posible diferencia en el monto de la mesada pensional entre uno y otro régimen no constituye un presupuesto legal para acceder a declarar un supuesto vicio en el consentimiento; asegura que PORVENIR S.A. envió la proyección pensional; manifiesta que la afiliación no se generó con presiones ni engaños para el momento de la afiliación de la parte demandante; se atiene a la solicitud radicada por el demandante a PORVENIR S.A.. No le constan los demás hechos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso como excepciones, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, la genérica (expediente digital 08).

**En la contestación a la demanda, Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la fecha en que se afilió al ISS; que cotizó al ISS 361.86 semanas; la reclamación elevada y la respuesta dada por la entidad. No le constan los demás hechos. Propuso como excepciones, las de falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP PORVENIR S.A. ante Colpensiones, en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, un juicio de proporcionalidad y ponderación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el art. 48 de la CN, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 1005, buena fe, prescripción de la acción laboral, imposibilidad de condena en costas, no condena por ultra y extrapetita, la innominada (expediente digital 10).

**PROTECCIÓN S.A. al dar respuesta a la demanda** manifiesta que es cierta la fecha de nacimiento de la demandante; la fecha de afiliación a PROTECCIÓN S.A en 1995; el derecho de petición elevado a PROTECCIÓN S.A , y la respuesta dada el 29 de julio de 2020. No es cierto que le aconsejaron a la demandante, trasladarse al Régimen de Ahorro Individual que la mesada pensión sería más alta y que no le dieran información completa, clara y suficiente, porque toda vez que los asesores de PROTECCIÓN S.A son capacitados permanentemente y cuentan con el conocimiento técnico y se le informó que la mesada pensional dependía de varios factores, advirtiéndole que la demandante fue plenamente informada sobre las características del Régimen de Ahorro Individual; no es cierta la forma que se redacta la respuesta dada por PROTECCIÓN S.A al derecho de petición. No le constan los demás hechos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso 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 declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, la innominada (expediente digital 13).

## **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia del 13 de febrero de 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ que las AFP PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A no cumplieron con la obligación de diligencia debida de buen consejo que debieron desplegar en favor de la demandante, cuando esta se trasladó de CAJANAL a PROTECCIÓN S.A y luego cuando se trasladó de PROTECCIÓN S.A a PORVENIR S.A.; declaró que las demandadas PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. causaron menoscabo a la seguridad social en pensiones del a demandante; declaró la responsabilidad constitucional profesional de AFP PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A en el menoscabo a la seguridad social en pensiones de la demandante; declaró la inaplicación constitucional (art 53 inciso 5º de la CN y art. 272 de la Ley 100 de 1993), de la pérdida del Régimen de Prima Media de la demandante cuando se trasladó del CAJANAL a la PROTECCIÓN S.A y luego a PORVENIR S.A, en su lugar declaró que la demandante sigue inmersa en el Régimen de Prima Media pero a cargo de las AFP demandadas.

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

Le ORDENÓ a AFP PORVENIR S.A. para que dentro del mes siguiente a la fecha que lo solicite por escrito la demandante, situación que deberá ocurrir cuando cumpla al menos las 1.300 semanas, se le reconozca liquide y pague pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media, a la demandante; 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 elabore calculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional y le ORDENÓ a Colpensiones para que dentro de los dos meses posteriores a la fecha que lo solicite por escrito PORVENIR S.A, elabore dicho cálculo actuarial pensional y dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que lo solicite dicha entidad, sea presentado a PORVENIR S.A.; le ordenó a PORVENIR S.A. que dentro del mes siguiente que se reciba por escrito , de manos de Colpensiones el valor del cálculo actuarial pensional, proceda dentro de ese lapso, un mes, al pago real y efectivo a dicha entidad; le ordenó a PORVENIR S.A. que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a Colpensiones continuará obligada a pagar la pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media a la demandante; Colpensiones subrogará en tal obligación a

PORVENIR S.A. desde el momento y hora en que le sea pagado real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional.

AUTORIZÓ a la AFP PORVENIR S.A a recobrar por escrito de PROTECCIÓN S.A el 15% del valor del cálculo actuarial pensional, para ello, PORVENIR S.A. dentro del mes siguiente a la fecha en que pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a Colpensiones, procederá a dicho recobro por escrito. A PROTECCIÓN S.A, dentro del mes siguiente que le sea realizado el cobro escrito del 15% del valor del cálculo actuarial pensional, procederá al pago real y efectivo de dicho porcentaje a PORVENIR S.A.. Autorizó a PORVENIR S.A. para que enjuge parte del valor del cálculo actuarial pensional que se le ordena pagar a Colpensiones, tomando para sí (para PORVENIR S.A.) los ahorros pensionales de la demandante, rendimientos financieros, bonos pensionales y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorro pensional de esta.

Declaró la prosperidad de la excepción propuesta por Colpensiones de intransmisibilidad pro ser esta un tercero en el acto jurídico de traslado de la demandante. Condenó en costas procesales a cargo de la AFP PORVENIR S.A y AUTORIZÓ a la AFP PORVENIR S.A para que dentro del mes siguiente a la fecha en que real y efectivamente pague las costas procesales a la parte actora, recobre por escrito de PROTECCIÓN S.A el 15% de ellas; se ordena a PROTECCIÓN S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que le sea recobrada por escrito el 15% de las costas procesales pagadas a la demandante, se proceda al pago real y efectiva de ellas a

### **IMPUGNACIÓN**

**La apoderada de PORVENIR S.A.** solicita sea revocada la decisión, argumentando que si bien, existe un precedente del órgano de cierre como el citado en la sentencia, no se debe aplicar en forma objetiva y se debe analizar las circunstancias de cada caso en concreto.

Retoma apartes de la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de la Magistrada Carmen Elena Castaño Cardona, en el proceso radicado 2017-746, en el que indicó respecto a la pensión de vejez allí reconocido, que la Sala consideró, que no le asistía razón al juez porque no se puede pronunciar en un aspecto que no fue propuesta en la demanda inicial como pretensión de la demandante y no fue discutida, que el juez se extralimitó en las funciones ultra y extrapetita pues pese a tener acreditados requisitos la pensión de vejez,

la debía reclamar a la entidad; que igual pronunciamiento hizo la Magistrada María Patricia Yepes García.

Señala que el precedente es claro y ha fijado los alcances de la declaratoria de ineficacia del traslado, sin que exista fundamento jurídico que ordene a PORVENIR S.A. se reconozca la pensión de vejez con los parámetros diferentes a los establecidos en la Ley 100 de 1993, para los pensionados del RAIS. Aunado a ello, señala que la Corte Constitucional ha manifestado que la Ley 100 de 1993, estableció que el sistema de seguridad social integral, cuenta con dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten y donde cada uno presenta características diferentes; el Tribunal Superior de Medellín, ha señalado que la eventual diferencia que puede presentar las mesadas pensionales no constituye un perjuicio. Aduce que las normas que regulan el sistema general de pensiones no son de orden público, no son susceptibles de ser modificado por las partes; y no se puede dar aplicación parcializada de las normas, porque vulneraría el principio de inescindibilidad de las normas; la demandante tuvo la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media dentro de los parámetros y periodos establecidos en la Ley 100 de 1993, sin que lo haya hecho, y decidió estar afiliada al Régimen de Ahorro Individual por más de 20 años, realizando cotizaciones y siendo beneficiaria de los rendimientos generados.

Resalta que la demandante fue funcionaria de PORVENIR S.A. por más de 4 años, por lo tanto, no se puede decir que se trata de una persona lega, porque conocía los parámetros y las políticas internas de la entidad, así indique que solo era para cesantías. Y finaliza solicitando, que se tengan en cuenta que los supuestos sobre los cuales se condenó a PORVENIR S.A. no se encuentran acreditados.

**El apoderado de PROTECCIÓN S.A.** solicita la revocatoria de la demanda, teniendo como sustento la existencia del precedente jurisprudencial; frente a la solicitud primigenia realizada al Régimen de Ahorro Individual, sostiene que la Corte Suprema de Justicia tiene jurisprudencia desde el año 2008 hasta la fecha, a que las cosas deben volver al estado en que se encontraban antes del traslado al declararse la ineficacia, lo que implica que la demandante conserva válidamente su afiliación al Régimen de Prima Media y los fondos PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. realizan la devolución a Colpensiones de la totalidad de los aportes que recibieron durante la afiliación al Régimen de Prima Media. Que la decisión de condenar a PORVENIR S.A., al

reconocimiento de una prestación pensional con las características del Régimen de Prima Media y autorizar a dicha entidad que realice el recobro del 15 % con base en las semanas de permanencia de la accionante a PROTECCIÓN S.A, resulta una carga desmedida pues al analizar el expediente y fue confesado en el interrogatorio, la demandante en la actualidad no cumple con los requisitos para acceder a la prestación económica, pues si bien tiene 61 años de edad, tan solo cuenta en su historia laboral con 1.261 semanas, faltándole 39 semanas para alcanzar los requisitos. Considera que la carga impuesta por el juez, es excesiva e inconstitucional porque mediante sentencia C 626 de 2002 se confirma la exequibilidad del RAIS.

Señala que el juez sustenta la sentencia en el régimen de responsabilidad y se funda en la facultad extra y ultrapetita no obstante, la sentencia SL 3614 de 2020 es clara en que esas facultades requiere que los hechos que originan la decisión hayan sido discutidos en el proceso y los hechos estén acreditados, pero en la demanda no obra solicitud de pensión a favor de la accionante, pues repite, en la actualidad no cumple con los requisitos para acceder a ella; además, en la demanda no se solicitan perjuicios, porque los perjuicios solo lo pueden acreditar las personas que cuentan con el estatus de pensionados, por lo que en este caso no existe perjuicio causado. Aunado a lo anterior, advierte que, la demandante no está laborando y se desconoce su deseo de retornar al Régimen de Prima Media, y no se sabe en qué momento podría cumplir con las semanas que le hacen falta.

La condena de reconocer el derecho a una prestación económica a la demandante cuando arribe a las semanas y la indemnización específica de perjuicios a cargo de los fondos privados, va dirigida al reconocimiento de perjuicios a favor del Régimen de Prima Media, pero frente a Colpensiones no puede ejercerse unas facultades ultra y extrapetita en el sentido que la misma interviene en este proceso en calidad de demandada y no como demandante, por lo que Colpensiones debe acudir a la jurisdicción en el evento de considerar que le asiste el derecho o un perjuicio específico.

**Finalmente, la apoderada de Colpensiones** manifiesta en su recurso, que si bien, en el proceso se indica que Colpensiones es absuelta por ser un tercero ajeno, la decisión debe ser revocada porque la ineficacia por inaplicación constitucional es porque se configura un perjuicio a la demandante, sin embargo considera que no existe tal perjuicio debido a que la Sra. LUZ MARÍA



LÓPEZ TRUJILLO no tiene 1300 semanas para pensionarse en el Régimen de Prima Media y tiene las semanas para pensionarse en el Régimen de Ahorro Individual, teniendo derecho la demandante a adquirir la pensión que le ofrecía el fondo privado a los 57 años de edad sin que sea aceptado y es la misma demandante la que está sometida a un perjuicio económico al no querer reclamar la pensión a la espera de beneficios económicos con la mesada pensional que recibiría en Colpensiones. No considera que la causa en la cual se basa el despacho para indicar que existió un perjuicio económico se encuentre consolidado, porque el fon de declarar la ineficacia del traslado, era la protección de derechos consolidados y unas expectativas legítimas a un derecho a la pensión y para este caso no hay derecho consolidado ni expectativa legítima; que si se traslada ese menoscabo a la seguridad social al cumplimiento de los 57 años, la demandante para esa fecha no tenía las semanas porque para mayo de 2022 contaba con 1245 semanas, y al momento de la sentencia tiene 1261 semanas. Que esa prueba no es suficiente para demostrar el perjuicio y menoscabo a la seguridad social

Reitera que el deber de asesoría que debía exigírsele a los fondos, con base en la sentencia SL 1452 de 2019, es con base en las vigencias de las normas existentes para la fecha. También invoca en su recurso, los altos costos que implica trasladarse a Colpensiones y respecto a la forma de evaluar de carga dinámica de la prueba, haciendo énfasis que debe existir responsabilidad de los afiliados a ese deber de información; no se pueden emitir sentencia de ineficacia del traslado con base en una diferencia de la mesada pensional porque los regímenes pensionales son diferentes y tienen condiciones para que los afiliados accedan a la pensión, siendo más favorable, la afiliación al fondo privado porque se exige menos semanas para pensionarse. En la sentencia, se deja la posibilidad de reconocer la pensión a futuro, sin tener conocimiento si la demandante va a tener la expectativa de poderse pensionar y si sigue cotizando.

La sentencia puede ser beneficiosa para la entidad pero la directriz de Colpensiones es solicitar que no se declare la ineficacia y no se de aplicación a la postura del juzgado para que no se ordene realizar el cálculo actuarial pensional a efectos de reconocer una pensión; señala que el cálculo actuarial pensional se desprende de del empleador omiso y este no es el caso; la Corte ha determinado otra posibilidad jurídica, sin embargo no hacen parte de las pretensiones de la demanda sino que la misma van dirigida a la declaración de la ineficacia de la afiliación.

Comparte parcialmente la decisión de no ordenar el traslado de una persona que le falten menos de 10 años y no ha madurado la pensión en este fondo, porque se generaría un detrimento a la sostenibilidad financiera, pero no se comparte que se acceda a la pensión en la forma en que fue determinada.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**La apoderada de la demandante** solicita se confirme la sentencia con base en las sentencias 31989 de 2008, SL 3202, SL 2611 de 2020, SL 3708, SL 4025, SL 5280, SL 5680 de 2021, SL 890, SL 891, SL 895 y SL 2060 de 2020, en las cuales se resalta, que los fondos de pensiones tienen el deber de brindar información objetiva, comparada, completa, transparente, comprensible, oportuna y transparente a los potenciales afiliados, sobre las características de los regímenes pensionales; el deber de información impuesta a las AFP ha estado presente desde la creación del Sistema General de Seguridad Social e incluso, desde antes, con la expedición del Decreto 663 de 1993, en el que se estableció la obligación de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.”*; la carga de la prueba en el presente proceso, se invierte a favor de la parte demandante. Con base en el precedente judicial, concluye que PROTECCIÓN S.A. no demostró el deber de información y en el interrogatorio absuelto por la demandante confirma que las demandadas tampoco lograron acreditar el cumplimiento de ese deber de información y, por el contrario, convalidaron el desacato del mismo. La consecuencia de la inobservancia al deber de información, establecida en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, artículo 13 del CST y art. 53 de la Constitución Política, y con base en las providencias de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia del traslado genera que se debe *“retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).”* (SL 4360 de 2019).

Adicionalmente, el traslado que realizó la actora a la AFP PORVENIR S.A. en el año 1997, tampoco quedó que dicho fondo haya cumplido con el deber de información; y en ese sentido, la Corte ha reiterado que los traslados efectuados dentro del RAIS no subsanan la ineficacia del traslado (sentencia SL 4705 de 2021).

Con base en las sentencias 31.989 de 2008, SL 17595 de 2017, SL 2877, SL 4811 de 2020, PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. deben trasladar a Colpensiones los valores indexados cobrados a título de cuotas de administración, comisiones, sumas adicionales de seguros y los aportes para garantía de pensión mínima puesto que es la última es el que se encargará de administrar los dineros y de reconocer el derecho pensional. Finalmente hace referencia a la doctrina probable.

**El apoderado de PORVENIR S.A.** solicita que su representada sea absuelta de todas las pretensiones de la demanda, **en síntesis**, por considerar que no se acreditó la existencia de un vicio del consentimiento con el cambio de régimen, y no se probó las causales previstas en el art. 1741 del Código Civil. Invoca los vicios del consentimiento consagrados en el art. 1508, 1515, 1517 y 1524 ibidem. Si lo pretendido es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece una multa administrativa, y si bien se dice que queda sin efecto la afiliación, no se refiere al art. 1740 y ss del Código Civil; retoma el art. 897 del Código de Comercio; que en este asunto, ninguno de presupuestos legales, se allegaron ni fueron demostrados en el proceso, porque el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que contiene la declaración de que trata el art. 114 de la Ley 100 de 1993, y no fue tachado ni desconocido como lo disponen los arts. 246 y 272 del CGP. Que en caso de presentarse alguna irregularidad distinta a la nulidad absoluta, la misma estaría saneada conforme los arts 1742 y 1743 por la ratificación tácita de la parte demandante.

En relación al derecho al retracto, indicó que la AFP le garantizó dicho derecho, lo cual se prueba con la publicación realizada en el diario el Tiempo, el 14 de enero de 2004, tal y como lo dispuso el art. 3º del Decreto 1161 de 1994, sin que se ejerciera esta facultad. En el presente asunto, la parte demandante realizó cambio de régimen con Porvenir S.A, de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa. Frente a la falta de pruebas del cumplimiento de los deberes de información, completa, veraz y oportuna, ello no se ajusta a la realidad procesal.

Frente a la acreditación del deber de información a cargo de su representada, manifiesta, que la parte demandante realizó cambio de régimen de forma libre

y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa. Que no se ajusta a la realidad la afirmación, al haberse cumplido con la carga procesal al aportar los documentos que tenía su poder, para demostrar que la parte actora ha estado vinculada; la demandante nunca estuvo en imposibilidad de retornar al RPM; invoca la sentencia 47.236 de 2016. Que no se puede imponer cargas a Porvenir, distintas a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió los hechos, porque de hacerse, se vulnera el principio al debido proceso y confianza legítima; retoma apartes de la sentencia SL 1637 de 2022, para justificar que a las AFP se les imponen cargas inexistentes. Que se declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado, sin analizar en conjunto las pruebas y desconociendo el art. 1602 del CC. Resalta la diferencia que existe entre la ineficacia de un acto jurídico con la nulidad absoluta y que en ese sentido no se pueden confundir. Que en el evento de considerarse que el negocio jurídico celebrado no tuvo validez, no puede olvidarse que el literal b) del art. 113 de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, siendo ello lo que impide que se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes, y por su parte el art 1746, establece que la regla general de la nulidad. Hace referencia los alegatos a la buena o mala fe de las partes en las restituciones mutuas, haciendo referencia al art. 1746 y 954 del CC; al no haberse discutido ni probado la mala fe de PORVENIR S.A. en la celebración del acto jurídico de traslado, no puede condenarse a restituir los rendimientos financieros, las primas de seguros, porque el afiliado ha estado protegido en las contingencias, lo que sustenta con la sentencia C 1024 de 2004.

En el evento de considerar que la falta al deber de información es una causal estructural para que el traslado de régimen pensional no produzca efectos jurídicos, no se puede ordenar la devolución de los rendimientos financiero al no haberse alegado ni probado la mala fe y solo se debe trasladar a Colpensiones los rendimientos equivalentes a la tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las reservas pensionales de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia administradas por el ISS. En caso de ordenar la totalidad de los rendimientos, solicita se autorice a PORVENIR S.A. a descontar las restituciones mutuas a las que haya lugar al haber realizado la gestión que generó rendimientos; al declarar la ineficacia del traslado, el valor a trasladar correspondería a los intereses que la persona hubiese obtenido en el régimen de prima media (monto de los aportes) más rentabilidad RISS (Colpensiones) y en caso de condenarse a trasladar los aportes con los rendimientos del RAIS, debe aplicarse la figura de las restituciones mutuas. Se opone a la indexación

de la condena impuesta con sustento en la sentencia C 00161 de 2010 y SL 9316 de 2016, y teniendo en cuenta que se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro este que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP como consecuencia de la afiliación de la demandante, debe tenerse en cuenta que ese rubro sería excluyente con la indexación, tal y como se indicó por el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia de fecha 21 de junio de 2022, sentencia del Tribunal Superior de Cali del 25 de julio de 2022.

Y con fundamento en lo anterior solicita se revoque la sentencia en su integridad proferida y se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

### **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 hay lugar a revocar la orden impuesta a PORVENIR S.A. de realizar un recobro a PROTECCIÓN S.A del 15%.

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; ii) Si las accionadas PROTECCIÓN S.A y PORVENIR 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 y si PORVENIR S.A. debe trasladar el porcentaje de garantía de pensión mínima.

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 6 de octubre de 1961 (fl. 17 y 18 del expediente digital 02); cotizó al ISS desde el 17 de diciembre de 1980 a noviembre de 1991 (fl. 21); la demandante laboró para la Fiscalía General de la Nación desde el 1º de septiembre de 1992 al 23 de enero 1995 realizando aportes a CAJANAL (fl. 27); solicitó traslado a PROTECCIÓN S.A el 22 de mayo de 1995 según formulario de afiliación del fl. 31; luego solicitó traslado a PORVENIR S.A. el 30 de diciembre de 1997 (fl. 32).

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. y PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, bonos pensionales a los que haya lugar, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieran causado, y la devolución de los descuentos por las cuotas de administración, comisiones, porcentajes de reaseguro, aportes al fondo de garantía mínima y/o cualquier suma que haya retenido mientras estuvo vigente la afiliación.

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 parte demandante, autorizó a la AFP PORVENIR S.A a recobrar por escrito, a PROTECCIÓN S.A. parte del cálculo actuarial pensional, a sabiendas que se tratan de pretensiones que no fueron solicitadas en la demanda y frente a las cuales las accionadas 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 indico 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 sentencia 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 PROTECCIÓN S.A (que es la AFP que realizó el traslado de régimen pensional), 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 PROTECCIÓN S.A aportó historial de vinculaciones, constancia de traslado de aportes a PORVENIR S.A., reporte de estado de cuenta, formulario de afiliación, documento denominado “Políticas asesorar para vincular personas naturales”, concepto del 29 de diciembre de 2015, comunicados de prensa (expediente digital 13) con el que **no 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 del ISS desde el 17 de diciembre de 1980 a noviembre de 1991 (fl. 21) y la demandante laboró para la Fiscalía General de la Nación desde el 1º de septiembre de 1992 al 23 de enero 1995 realizando aportes a CAJANAL (fl. 27).

Ahora bien, en relación a la entidad a la cual se debe ordenar el traslado de la demandante, en vista que la Sra. LUZ MARÍA LÓPEZ TRUJILLO pertenecía al régimen de prima media administrado el ISS hasta 1991 y posteriormente realizó aportes a 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. LUZ MARÍA LÓPEZ TRUJILLO al Régimen de Ahorro Individual.

Como consecuencia de la anterior declaración, a sabiendas que la afiliación a PROTECCIÓN 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 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. LUZ MARÍA LÓPEZ TRUJILLO realizó aportes a dicho fondo.
- Las accionadas PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. trasladen a Colpensiones, **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. LUZ MARÍA LÓPEZ TRUJILLO realizó aportes a 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 siguientes<sup>1</sup>:

**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.

---

<sup>1</sup> 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).”

**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 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 el 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 PROTECCIÓN S.A el 15%.

#### **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 parte demandante, una vez que la Sra. LUZ MARÍA LÓPEZ TRUJILLO acuda para su reconocimiento, y 3º) Obra en el plenario formulario de afiliación elevado por la accionante a Colpensiones solicitando el traslado de régimen (fl 74 del expediente digital 74), 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.

Frente a los demás aspectos alegados por la AFP Porvenir S.A, no se hará un pronunciamiento, teniendo en cuenta que el principio consonancia establecido en el art. 66A del CPT y SS establece “La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, **deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación**” (resalto fuera del texto).

Costas en esta instancia en la suma de \$580.000 a cargo de cada una de las demandadas 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. LUZ MARÍA LÓPEZ TRUJILLO 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. LUZ MARÍA LÓPEZ TRUJILLO realizó aportes a dicho fondo.

**TERCERO: ORDENARLE** a las accionadas PROTECCIÓN S.A y PORVENIR 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. LUZ MARÍA LÓPEZ TRUJILLO realizó aportes a 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 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**



**GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**



**CARMEN HELENA CASTAÑO 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	: LUZ MARINA LÓPEZ TRUJILLO
DEMANDADOS	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-003-2021-00057-01
RADICADO INTERNO	: 042-23
DECISIÓN	: REVOCA, DECLARA, ORDENA Y CONDENA

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**