

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Medellín, dos (2) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los Magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES (ponente), VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, vencido el término de traslado establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a dictar la decisión correspondiente en este proceso ordinario de doble instancia instaurado por HERNANDO VALDERRAMA ROJAS contra la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y CHEVRON PETROLEUM COMPNY (Rad. No. 05001-31-05-013-2021-00089-01).

ANTECEDENTES

Pretende el demandante la ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual, administrado por Protección S.A.; consecuente a esto se ordene su regreso al régimen de prima media, administrado hoy por Colpensiones; además a Protección S.A., actual administradora, o si es del caso también a Porvenir S.A., a trasladar el total de los aportes, con los rendimientos respectivos, incluyendo las cuotas de administración deducidas; que se le reconozca la pensión de vejez, mesadas adicionales, intereses moratorios e indexación; y las costas del proceso. Para completar la totalidad de los requisitos de la pensión referida, solicita se condene a Chevron Petroleum Company a cancelar el cálculo o el título pensional a Colpensiones,

por el tiempo en que estuvo vinculado por contrato de trabajo a esta empresa. Solicita igualmente que se condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones manifestó sucintamente lo siguiente: Nació el 18 de enero de 1959; estuvo vinculado mediante un contrato de trabajo con la Texas Petroleum Company, hoy Chevron Petroleum Company, entre el 22 de agosto de 1983 y el 7 de mayo de 1993; esta empresa nunca lo afilió en Pensiones, motivo por el cual hoy solicita la expedición de un cálculo o título pensional; se afilió al ISS, hoy COLPENSIONES, en el mes de febrero de 1995; luego de una indebida asesoría y una mala información se trasladó al RAIS en el año 1996; en tal oportunidad fungía como administradora la sociedad DAVIVIR S.A. (Santander e ING), la que terminó siendo con el paso de los años Protección S.A.; para el 4 de septiembre de 2020 tiene cotizadas más de 861 semanas; en la documentación que anexa a la demanda aparece afiliado a Horizonte S.A, hoy Porvenir S.A., pero la firma que allí aparece no es la suya; reitera que nunca ha estado afiliado a Provenir S.A.; presentó reclamaciones a las entidades demandadas solicitando lo que aquí pretende, pero por distintas razones fueron negadas; incluyendo el tiempo laborado en la Chevron Petroleum Company alcanza más de 1367 semanas cotizadas.

Colpensiones, luego de notificada la misma, dio respuesta oportuna a la demanda. Se opuso a lo pedido, expresando razones de hecho y de derecho, en especial que no existió vicio en el consentimiento. Frente a los hechos, aceptó la edad del demandante, la afiliación a la entidad, el traslado de régimen pensional y la reclamación que se le hizo; de los demás, dijo que no le constaban. Como excepciones propuso las que denominó: imposibilidad de que se decrete la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional, falta de legitimación en la causa para demandar, inexistencia de la obligación para que se reconozca la pensión de vejez, improcedencia de los intereses moratorios, improcedencia de la indexación, buena fe de Colpensiones, prescripción e imposibilidad de condena en costas, entre otras.

Protección S.A. en la oportunidad legal concedida aportó la contestación a la demanda. Aceptó la edad, el traslado al RAIS con su participación como administradora y que en la actualidad se encuentra activa, así como las

distintas peticiones que le formuló el actor. De los demás hechos dijo que no eran ciertos o que no le constaban. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones que se dirigían a ella. Como excepciones propuso las que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, buena fe y prescripción, entre otras.

Porvenir S.A., no obstante haber sido notificada de la demanda, no dio contestación a la misma en el plazo respectivo (Exp. Digital, archivo 18).

Por último, Chevron Petroleum Company, al igual que las anteriores empresas dio contestación a la demanda. Aceptó en general todos los hechos que se afirman en el escrito respectivo, eso sí relacionados con la empresa, tales como el contrato de trabajo, los extremos temporales, el salario y la no afiliación al Sistema de Pensiones. Con respecto a este último, fue enfático en decirse que no existía obligación de tal actuar, pues no había cobertura del ISS en la zona. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones que se le dirigían a ella. Como excepciones de mérito propuso las que llamó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, buena fe y prescripción.

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 20 de abril de 2022, decidió la controversia así:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor HERNANDO VALDERRAMA ROJAS al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo para el efecto cotizaciones, cuotas y/o gastos de administración vigentes a partir del 01/10/1996 exclusivamente por la afiliación del señor HERNANDO VALDERRAMA ROJAS, con los rendimientos que se hubieren causado, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados.

En concordancia, se ordena además a COLPENSIONES a recibir tales sumas de dinero.

TERCERO: *CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a activar la afiliación del señor HERNANDO VALDERRAMA ROJAS, al régimen de prima media con prestación definida.*

CUARTO: *CONDENAR a CHEVRON PETROLEUM COMPANY a radicar, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia, ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES solicitud de liquidación del cálculo actuarial tendiente a validar aportes al sistema de seguridad social en pensiones en favor de HERNANDO VALDERRAMA ROJAS, desde el 22 de agosto de 1983 hasta el 7 de mayo de 1993, certificando los salarios devengados por el ex trabajador durante la relación laboral, y en el evento de no encontrar la información, relacionar el smlmv por los períodos faltantes.*

Se condena además a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a liquidar dentro de los 15 días siguientes al recibo de la solicitud, el aludido cálculo actuarial, y notificar su contenido a CHEVRON PETROLEUM COMPANY, a quien se le CONDENA a efectuar el pago dentro del término que la entidad de seguridad social le fije.

QUINTO: *CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor HERNANDO VALDERRAMA ROJAS dentro de los 4 meses siguientes al recibo de los dineros provenientes de PROTECCIÓN S.A., y de CHEVRON PRETROLEUM COMPANY, la pensión de vejez a partir del 18 de enero de 2021, cuantificada con el IBL del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, tomando el promedio de toda la vida laboral, o el de los últimos 10 años, el que resulte más favorable, con la tasa de reemplazo prevista en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de diciembre y los incrementos de ley.*

SEXTO: *AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a efectuar los descuentos, incluso retroactivos, con destino al sistema de seguridad social en salud.*

SÉPTIMO: *CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor HERNANDO VALDERRAMA ROJAS dentro de los 4 meses siguientes al recibo de los dineros provenientes de PROTECCIÓN S.A. CHEVRON PRETROLEUM COMPANY, la indexación de las mesadas según la fórmula y directrices expuestas en la motivación.*

OCTAVO: *ABSOLVER a PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y CHEVRON PETROLEUM COMPANY de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante.*

NOVENO: ABSOLVER a PORVENIR S.A. de la totalidad de pretensiones incoadas en la demanda.

DÉCIMO: COSTAS en ésta instancia a cargo de la PROTECCIÓN S.A. y CHEVRON PETROLEUM COMPANY, en favor de la parte demandante. Se fijan las agencias en derecho en la suma de \$2.000.000 a cargo de cada una de las citadas.

Inconforme con la decisión, interpusieron recurso de apelación los apoderados del demandante, Protección S.A. y Chevron Petroleum Company.

El del demandante, pretende con el recurso, en lo esencial, que se modifique la decisión tomada en cuanto a la manera como se debe liquidar el título o cálculo actuarial que debe cancelar la Chevron Petroleum Company, pues considera que Colpensiones, atendiendo a la documentación obrante en el proceso, la cual permite inferir el monto de todos los salarios, lo puede hacer directamente. Solicita también que se condene en costas a Colpensiones.

Por su parte, el apoderado de la Chevron Petroleum Company pretende con su recurso que se revoquen todas las decisiones que se tomaron en su contra. Para ello sostiene, previa afirmación de que como empleador siempre cumplió las obligaciones de la ley laboral, su conducta siempre se enmarcó dentro de la buena fe y cumplió con el mandato legal existente, que se debe revocar la orden de cancelar un cálculo actuarial por el tiempo en que el demandante le prestó servicios, por cuanto la interpretación del artículo 72 de la Ley 90 de 1946 no puede conducir razonablemente a ello. Sostiene, que aparte del precedente de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, existe también uno de la Corte Constitucional (T-281 de 2020), que permite arribar a una conclusión diferente.

Y por último, la apoderada de Protección S.A. cuestiona también de manera parcial la decisión que se tomó en su contra, en tanto solicita que se debe revocar la orden de devolver los dineros que en su oportunidad dedujo por cuotas de administración y seguros previsionales. Sostiene que tal proceder encuentra respaldo en la ley, tales dineros ya están en manos de terceras

personas, y los mismos cubrieron unas actuaciones de la demandada o unos riesgos específicos.

En el término pertinente, las partes presentaron sus alegaciones de segunda instancia, con argumentos semejantes a los expuestos en las etapas procesales transcurridas en primer grado

CONSIDERACIONES

La Sala restringirá su estudio a los puntos objeto de apelación planteados por los apoderados del demandante, Protección S.A. y Chevron Petroleum Company, atendiendo a lo establecido en los artículos 57 de la Ley 2 de 1984 y 35 de la Ley 712 de 2001, y que apuntan en lo fundamental a la procedencia del cálculo actuarial, a la manera como se debe liquidar el cálculo actuarial (para el evento en que se considere mantener esta condena) y a los rubros a devolver por parte de Protección S.A., específicamente las cuotas de administración y seguros previsionales. Aquellas condenas u órdenes impuestas a Colpensiones, que no fueron apeladas y que puedan entenderse como desfavorables a sus intereses, se estudiarán por el grado de la consulta, atendiendo a las directrices que al respecto ha dado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Fuera de toda discusión, por existir plena prueba de ello, está que el demandante nació el 18 de enero de 1959 (archivo 03 pág. 15); que estuvo afiliado inicialmente al I.S.S., hoy Colpensiones, y más concretamente a partir del 1 de febrero de 1995 (archivo 03 pág. 26); que se trasladó EL 8 DE AGOSTO DE 1996 al RAIS, inicialmente a Davivir S.A., luego a Santander S.A. y luego a ING S.A., administradoras que terminaron siendo PROTECCIÓN S.A. (archivo 03 pág. 31), AFP en la cual se encuentra actualmente vinculado; y por último, que prestó sus servicios mediante contrato de trabajo a la sociedad Chevron Petroleum Company entre el 22 de agosto de 1983 y el 7 de marzo de 1993, período en el cual no fue afiliado al sistema de pensiones, por no existir cobertura en la zona por parte del ISS (véase hechos de la demanda y su correspondiente contestación).

Con estos presupuestos, en el contexto de los hechos y pretensiones de la demanda, y por supuesto de lo que debe estudiarse como consecuencia de los recursos interpuestos y del grado de la consulta, un primer problema jurídico básico a esclarecer es si el **traslado inicial** del demandante del RPMPD al RAIS fue o no ajustado a la ley, y en caso de que no lo hubiere sido, analizar si hay lugar o no a la devolución de aportes, rendimientos y demás ítems. Esto implica establecer, entre otros asuntos, si la voluntad del actor al momento de trasladarse del RPMPD al RAIS estuvo afectada por un vicio en el consentimiento o conducta antijurídica semejante.

Para estos fines, **y dado el poder vinculante de la jurisprudencia de las altas Cortes**, entre otras razones porque una de sus funciones esenciales es la de velar por la unidad e integridad del ordenamiento jurídico (art. 86 del CPTSS y 333 del CGP), criterio que ha destacado la Corte Constitucional en muchas de sus decisiones (véase entre otras la C 539 de 2011 y la SU 354 de 2017), la Sala estima del caso hacer referencia textual a algunos apartes de la sentencia dictada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia el 8 de mayo de 2019 (SL1688-2019, Rad. 68838, ratificada, entre otras, en las sentencias SL1741-2021, SL1743-2021 y SL1942-2021), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, además de una adecuada sustentación, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros, **y que le dan respuesta adecuada, de manera directa o indirecta a los distintos puntos que habrán de estudiarse en esta providencia, en especial al de determinar si la decisión de la falladora de primer grado puede o no avalarse.** Sobre el deber de información, en ésta quedó dicho:

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

| Etapa acumulativa | Normas que obligan a las administradoras de pensiones de información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|--|--|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales Y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016 | Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de

acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, se dijo:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ Sl. 19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto

Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario[...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ Sl. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

En materia de carga de la prueba del deber de información, se razonó en los términos siguientes:

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

Y por último, en cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho:

“Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.º de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no

se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

Con sustento en estos presupuestos, este juez colegiado comparte la decisión proferida por la *a quo* en este ítem de la ineficacia reconocida, de ahí que habrá de confirmarse el fallo en este sentido, pues basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la AFP inicial, en este caso Protección S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que le debió brindar al señor Valderrama Rojas en el traslado que realizó en el mes de agosto de 1996, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones- sin que para el efecto el registro de VOLUNTAD DE AFILIACIÓN, que da cuenta el documento inicialmente reseñado, tenga alcance alguno, por las razones que precedentemente quedaron expuestas, y mucho menos las precarias explicaciones que dio el demandante en el interrogatorio de parte que se le practicó.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual, esto es, PROTECCIÓN S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD no solo todos los dineros de la cuenta de ahorro individual, incluyendo sus

rendimientos, sino también los dineros descontados por gastos de administración, seguros previsionales y Fondo de Garantía de Pensión Mínima retenidos o deducidos por los períodos en que tuvo al demandante como su afiliado, estos últimos debidamente indexados al momento del pago, tal como en parte se ordenó en la providencia recurrida. A este respecto, sea del caso tener presente lo que afirmó la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174:

“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Y de manera más precisa, en cuanto a todos los conceptos antes anotados, esta misma Corporación en sentencia del 29 de julio de 2020 (SL 2877 2020, Rad. 78667), expresó:

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

En igual sentido puede verse la SL4803-2021 (Rad. 88879) del 20 de octubre de este año 2021, en la cual de manera expresa y directa se refirió a la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, cuotas de administración, comisiones y descuentos para los seguros de invalidez y sobrevivencia. Se adicionará sí, que las devoluciones ordenadas deberán realizarse en los términos del artículo 2.2.2.4.8. del decreto 1833 de 2016.

Por tanto, y sin necesidad de otro tipo de raciocinios, estos puntos del fallo de primer grado se habrán de confirmar en su integridad, eso sí, con las precisiones acabadas de realizar. Así se dejará expresa constancia en la parte resolutive.

Las excepciones de mérito propuestas, estuvo bien que no se declararan probadas: unas por no envolver hechos extintivos o modificativos de los derechos reconocidos, entre ellas las de validez de la afiliación, inexistencia de la obligación y buena fe; y otras, como la de prescripción, incluyendo en esta la que apunta a la prescripción de algunas de las cuotas de administración descontadas, por estar comprometido en su conjunto un derecho pensional, que como bien se sabe, no puede verse afectado por este medio exceptivo. En la sentencia inicialmente citada se anotó:

“Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esta vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ

SL795-2013 ya la Corte había adocinado que <<el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión>>.

Hay que mencionar que así como la declaración de ineficacia es imprescriptible, los derechos que nacen de ello también tienen igual connotación. En efecto, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de orden irrenunciable, premisa que implica al menos dos cosas: no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular (inalienable e indisponible), como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable). En este sentido, la jurisprudencia del trabajo ha sostenido que el derecho a la pensión o a obtener su valor real, puede ser justiciado en todo tiempo. (CSJ SL8544-2016).

Ahora bien, en lo que atañe a los reparos del apoderado de la Chevron Petroleum Company, baste decir que esta Sala de Decisión Laboral, y las distintas de esta Corporación, siguiendo para el efecto claras directrices de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha prohiado igual criterio que el que expuso con precisión y acierto la falladora de primer grado. Por ejemplo, en el proceso instaurado por Mario de Jesús Gómez Urrea contra C.I. Unión de Bananeros de Urabá S.A., se dijo:

“Para ese efecto, es necesario acudir a lo que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tiene adocinado para los eventos en que el empleador no afilie a sus trabajadores al sistema de seguridad social en pensiones por cualquier causa, así su actuar no hubiese sido negligente, donde por virtud de la evolución normativa y jurisprudencial, reflejada en los artículos 76 de la Ley 90 de 1946, los Decretos 1887 de 1994 y 3798 de 2003, 33 de la Ley 100 de 1993 y 9º de la Ley 797 de 2003, en armonía con los principios de universalidad, unidad e integralidad, que presiden la seguridad social, se consolidó el criterio vigente expuesto en la sentencia CSJ SL9856-2014, eliminando la inmunidad que se otorgaba al empleador que no afiliaba a sus trabajadores por falta de cobertura en un determinado territorio, estableciendo que esos lapsos debían asumirse por los empleadores aunque no actuaran de manera negligente, por cuanto respecto de ellos se mantenían determinadas obligaciones y responsabilidades, sin que los trabajadores puedan verse perjudicados tratándose de períodos realmente laborados, y como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales, encontrando pertinente que si no fue posible

la afiliación, la parte patronal realice la contribución correspondiente al tiempo de servicios, de forma que con dichos recursos se garantice el financiamiento de las prestaciones y el sistema de seguridad social asuma el riesgo, encontrando en esta solución, la más coherente con los objetivos y principios del sistema y la distribución de responsabilidades entre sus integrantes (Ver SL9586-2014, SL17300-2014, SL4072-2017, SL10122-2017, SL1515-2018, SL5109-2019, SL2590-2020, SL2353-2020, SL4612-2021 y SL367-2023).

Esta salida brindada por la Alta Corporación no se derriba por el hecho que el trabajador demandante haya dado su fuerza de trabajo a la C.I. demandada por un término inferior a los 10 años, pues lo que ocurre es que en su caso era viable la subrogación total del riesgo en la administradora, pero antes que eso ocurriera, en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, lo que quiere decir que mantenían la carga de la afiliación y en subsidio de ello, de aprovisionamiento de los recursos necesarios para contribuir a la financiación de las pensiones (Ver SL 2138-2016 y SL256-2023), cuya intelección no se limita a las prestaciones ya causadas o que se venían reconociendo, sino que también se refiere a todos los empleados sobre los que tenían a su cargo el riesgo pensional.

De ese modo, en voces de la Alta Corporación y que esta sala de decisión acoge y comparte, es claro que la consecuencia jurídica por la ausencia de afiliación con independencia de que la empresa hubiese estado o no obligada a la inscripción del trabajador a la seguridad social, es el pago del cálculo actuarial, siendo que lo que se busca es integrar y solucionar financieramente las omisiones en la afiliación que se presentaron en el pasado, por cualquier causa en consonancia con la vocación del sistema general de pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados (Ver SL 14388-2015), para garantizarle una protección adecuada y completa a los afiliados en sus contingencias, siendo este mecanismo y no otro el que se ha encontrado atinado para cubrir los tiempos sin cotización y que los integre la administradora al haber de aportes con los que se accederá y liquidará la prestación, debiendo precisarse que las consecuencias de la no afiliación al sistema de pensiones deben definirse con la norma vigente al momento en que se causa la pensión, y en ese orden, la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 dispuso el traslado de una reserva o cálculo actuarial cuya metodología está concretada en el parágrafo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 reglamentado por el Decreto 1887 de 1994, eso sí, sin miras a que el contrato de trabajo estuviera vigente o no al momento de la entrada en vigor de la mencionada Ley 100, pues se ha encontrado que tal

exigencia contraría los postulados de la seguridad social y, por esa razón debe ser inaplicada (Ver SL2590-2020).

Y en decisión anterior, dictada en el proceso promovido por María Altagracia Muñoz Lopera en contra de Fabricato S.A. y Porvenir S.A. (Radicado 2017-00795-01), se dijo:

Al respecto, debe decir esta Corporación que asume como suyas las posturas que sobre los diferentes asuntos tenga establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la Justicia Ordinaria Laboral, pues tiene como misión “...unificar la jurisprudencia, garantizar los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, preservar y defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico para lograr la eficacia, eficiencia, oportunidad, accesibilidad, equidad, igualdad, autonomía e independencia, con el fin de contribuir a la convivencia pacífica, justicia social y la resolución de conflictos, basada en el respeto a la dignidad de las personas en el contexto de un estado social de derecho, con fundamento en la ley, la Constitución y los instrumentos internacionales suscritos por Colombia”, por lo que sus sentencias fijan las pautas a seguir y se constituyen en fuente de sustento para la argumentación jurídica de un proceso que se encuentre en discusión por parte de un operador judicial que requiere de ellas, a más de que el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 señala que “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho, constituye constituyen doctrina probable y los jueces podrán aplicarla en casos análogos” y, siendo así, resultan completamente aplicables.

Ahora, en cuanto al pago del cálculo actuarial por parte de Fabricato S.A. frente a los tiempos laborados por la demandante para Divisa S.A. en el Municipio de San Pedro, donde el ISS no tenía cobertura para asumir las obligaciones pensionales, esa Alta Corporación ha dicho que en tales casos, el empleador está obligado a reconocer a través de dicho medio tales tiempos no cotizados con el fin de que a través de dicho pago, el trabajador pueda alcanzar la densidad de semanas necesaria para cumplir con los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez, pues lo que está de por medio es el derecho a la seguridad social; a más de eso, tiene establecido dicha Corporación que dicha obligación debía hacerse por el tiempo total en la que se haya presentado la relación laboral bajo tales presupuestos fácticos, por lo que no resulta de recibo el que el reconocimiento solo se deba realizar por el tiempo o semanas que le hagan falta al afiliado para alcanzar la densidad de semanas mínimas para acceder a la garantía de pensión mínima como lo propone la recurrente. Al respecto, téngase en cuenta lo dicho por

la Alta Corporación en sentencia con Radicado SL 1645-2022, en la que alude a la sentencia SL287-2018:

“El tema puesto a consideración no ha sido pacífico durante los últimos años. En efecto, desde hace más de dos décadas (CSJ SL, 8453 de 1996) y desde entonces hasta el 2014, la Corte fluctuó entre dos criterios; uno, según el cual el empleador no es responsable de la ausencia de aportes para pensión en fecha anterior a aquella en que la cobertura gradual del ISS no alcanzó una zona del territorio nacional y, otro, que en oposición considera que el empleador debe contribuir a la financiación de la pensión de quien le prestó servicios, a través del pago del valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas.

Sin embargo, en el 2014, la Corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador, en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS.

Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala, por mayoría, estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley”

Así mismo, la Sala de Casación Laboral tiene asentado que para el pago del título pensional por los periodos donde se presentaba una relación laboral y no había cobertura por parte del ISS, el único obligado era el empleador, en el entendido que era este quien tenía la carga de asumir el riesgo que pudiera presentarse durante el desarrollo de la relación laboral frente a las prestaciones que pudiera brindar el sistema de seguridad, es decir, él era el único responsable de cumplir con ellas por cuanto estaba obligado por ley a mantener una provisión para tales eventos, y mal se haría en involucrar al empleado con la concurrencia del pago del título pensional, cuando en un principio sobre este, en tales circunstancias, no existía ninguna obligación de participar en la conformación de su derecho pensional.

Sobre este asunto, la Sala de Casación Laboral en sentencia con radicado SL 1645-2022, dejó asentado:

“Como complemento y para resolver los argumentos particulares del cargo cuarto, es importante recordar que el fallo CSJ SL2465-2021, enseñó que el pago a que haya lugar, corresponde de manera íntegra al empleador, sin que tenga acogida la reclamación del recurrente, dirigida a que los asalariados asuman un porcentaje del importe del cálculo actuarial. En los segmentos pertinentes se adocrinó:

Con esta imputación pretende la recurrente, como sustento del alcance subsidiario de la impugnación, además de lo ya resuelto respecto a la procedencia del cálculo actuarial, que se disponga su pago únicamente en un 75% a cargo del empleador, por corresponder el 25% restante al trabajador.

Al respecto, reitera la Sala que el cálculo actuarial resulta el instrumento idóneo dispuesto para subsanar la falta de afiliación, aun en casos de ausencia de cobertura, en los periodos en los que, consecuentemente, la asunción del riesgo estaba a cargo del empleador, como respuesta eficaz a los intereses del afiliado al sistema pensional, así como a los objetivos y principios del sistema de seguridad social, puesto que, en aplicación de lo previsto en el párrafo 1º del art. 33 de la Ley 100 de 1993, el cálculo actuarial a cargo del empleador permite el cómputo de esos tiempos de servicios y, con ello, el reconocimiento de la prestación pensional respectiva.

No le asiste razón a la censura, en cuanto a la proporción en la que considera debió ordenarse el pago respectivo, por cuanto, tal como ha tenido oportunidad de precisarlo esta Sala, conforme a la disposición en cita, corresponde al empleador efectuar el pago de la totalidad del cálculo actuarial por falta de afiliación, teniendo en cuenta que el mismo difiere sustancialmente de las simples cotizaciones o aportes indexados o con intereses moratorios, como si se tratara de periodos en mora de pago, pues representa la proporción de capital necesario para sufragar la pensión, con relación al tiempo de servicios en el que el empleador fue el único responsable de la prestación.

En consecuencia, sí corresponde como lo determinó el ad quem, pagar el aludido cálculo actuarial, sin la contribución que reclama la recurrente, efectúen los demandantes”

Bajo tales argumentos, ninguna modificación cabe realizar a la decisión de la *a quo* en este ítem, incluyendo en esta cualquiera que pudiera comprometer los intereses del trabajador o de la Nación, pues se es claro en que tal

erogación la debe realizar única y exclusivamente el empleador, en este caso, la Chevron Petroleum Company.

En lo que atañe a la pensión de vejez y a las órdenes que se dieron con respecto a la misma a Colpensiones, punto que se estudia por la vía de consulta, ningún cambio o modificación es posible realizar, pues en el proceso aparece claro e indiscutido que el demandante reúne los requisitos de edad y semanas que exige el Sistema General de Pensiones para ser titular de la prestación, pero resulta indispensable que se cancele el título pensional correspondiente, para de esta manera poder evaluar y concluir un número exacto de semanas cotizadas y su monto, indispensable para calcular no solo la tasa de reemplazo sino el IBL a tener en cuenta para liquidar su cuantía.

No existiendo otros puntos que resolver, y con lo dispuesto en materia de los conceptos a devolver por parte de Protección S.A. en la cual estuvo afiliado el demandante y la manera como se debe realizar esta devolución, habrá lugar a confirmar la sentencia de primer grado venida en apelación y consulta.

Sin costas en la instancia, dada la manera como se decidió en definitiva la controversia. (art. 365 del CGP).

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA el fallo de primera instancia**, con la precisión que los conceptos relativos a cuotas de administración, seguros previsionales y Fondo de Garantía de Pensión Mínima a devolver por parte de Protección S.A. a Colpensiones deberán ser indexados al momento del pago; y en general todas las devoluciones deberán cumplir con las exigencias establecidas en el artículo 2.2.2.4.8. del Decreto 1833 de 2016.

Sin costas en la instancia.

Notifíquese la presente decisión por EDICTO.

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES

VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO

SIN FIRMA POR PERMISO AUTORIZADO



SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA
EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Radicación: 05001310501320210008901
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: HERNANDO VALDERRAMA ROJAS
Demandado: CHEVRON PETROLEUM COMPAÑY
M. P. CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES
Fecha de fallo: 2/05/2023
Decisión: CONFIRMA

El presente edicto se fija por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibídem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 3/05/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario