

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veinticuatro (24) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	: JORGE ALBERTO VALENCIA CALVO
DEMANDADOS	: COLPENSIONES Y PROTECCION S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-003-2022-00183-01
RADICADO INTERNO	: 280-23
DECISIÓN	: REVOCA, DECLARA, ORDENA Y CONDENA
ACTA NÚMERO	: 310

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 y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones 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 como pretensiones principales se DECLARE la ineficacia del acto jurídico de afiliación realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad y que en consecuencia, siempre estuvo afiliado sin solución de continuidad en el régimen de prima media con prestación definida, y se CONDENE a Protección S.A para que devuelva a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos, bonos pensionales, sin descontar ninguna suma por gastos de administración o cuotas de seguros previsionales, y se ORDENE a Colpensiones a que active la afiliación y reciba los aportes que trasladen dicha entidad, y se condene en costas a las demandadas.

En caso de no acceder a las pretensiones principales de declaratoria de la ineficacia del traslado solicita de forma subsidiaria que se condene a Protección S.A a que reconozca a título de perjuicio el mayor valor de la mesada pensional

que le correspondería de haber permanecido en Colpensiones desde la fecha del cumplimiento de los requisitos.

La parte demandante fundamenta sus pretensiones en que, nació el 10 de julio de 1960 por lo que a la fecha de presentación de la demanda cuenta con 61 años, y como trabajador dependiente ha sido cotizante activo del Instituto de Seguro Sociales de manera discontinua habiendo realizado cotizaciones por un total de 251 semanas cómo se advierte del reporte adjunto con la demanda.

Que cuando se encontraba laborando al servicio de Comfama fue abordado por un asesor de Protección S.A quien bajo la aquiescencia del empleador acudió a las instalaciones con el fin de que suscribieron el formulario de traslado de aportes a pensión sin que con ello se haya suministrado información referente a las implicaciones que tenía el traslado de régimen; que al no ser el tema pensional el área de experticia y además confiando en el asesor de dicha entidad quien le informó que tendría los mismos beneficios en su mesada pensional como si estuviera en Colpensiones, este se trasladó, quedando afiliado a partir del mes de septiembre de 1994; que para el momento en que se realizó la visita mencionada nunca le fue suministrado por parte del asesor una información clara, oportuna, suficiente y necesaria para que entendiera la diferencia entre los regímenes y las consecuencias del traslado.

Que por estar cercano a la edad de pensión procedió a solicitar ante Protección simulación de su mesada pensional en ambos regímenes de lo cual puede advertir que es mucho más beneficiosa la mesada pensional del régimen de prima media, precisando de esta forma que la disminución en el valor de su mesada pensional es claramente un perjuicio derivado del incumplimiento de la obligación de asesoramiento adecuado por parte de Protección; que mediante reclamaciones anexas a la demanda solicitó a las demandadas se declara la ineficacia y se procediera con el traslado a Colpensiones y dichas peticiones fueron resueltas de manera desfavorable.

RESPUESTA A LA DEMANDA

Colpensiones manifiesta que acepta que el demandante nació el 10 de julio de 1960, y que cotizó en el ISS 251.144 semanas. Frente a los demás hechos indicó que no le constan, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, buena fe de Colpensiones, imposibilidad de que

Colpensiones decreta la ineficacia del traslado, improcedencia de la declaratoria de invalidez del traslado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de condena en costas, equilibrio financiero del sistema, prescripción, compensación.

Por su parte **Protección S.A** al dar respuesta a la demanda aceptó que el demandante nació el 10 de julio de 1960, y la petición radicada ante dicha entidad, no aceptó los demás hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las 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 el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 23 de agosto de 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ que la demandada AFP PROTECCION S.A. no demostró haber cumplido con su obligación de diligencia debida de buen consejo en favor del señor JORGE ALBERTO VALENCIA CALVO cuando este se trasladó a dicha Administradora de Fondos de Pensiones, ni tampoco demostró que a lo largo de la afiliación del señor JORGE ALBERTO VALENCIA CALVO a dicha entidad, esta le diera información clara, veraz y oportuna que le mostrara a éste las circunstancias que le hicieran más favorable permanecer en el RAIS antes que en el RPMPD.

DECLARÓ que PROTECCION S.A. causó grave menoscabo, es decir disminución o limitación a la seguridad social en pensiones del señor JORGE ALBERTO VALENCIA CALVO, cuando este cumplió la edad y semanas para tener derecho a la pensión.

DECLARÓ la responsabilidad constitucional y profesional de PROTECCION S.A en el menoscabo o perjuicio a la seguridad social en pensiones del demandante señor JORGE ALBERTO VALENCIA CALVO.

DECLARÓ la inaplicación constitucional (art. 53 C.P. y 272 Ley 100/93) de la pérdida del RPMPD acaecido en cabeza del señor JORGE ALBERTO VALENCIA CALVO causado por PROTECCION S.A, y que, por ello, de acuerdo con la inaplicación constitucional declarada, el demandante sigue inmerso en el RPMPD, pero a cargo de la AFP PROTECCION S.A.

ABSOLVIO a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, sin perjuicio de las órdenes dadas en la sentencia.

ORDENÓ a la AFP PROTECCION S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que lo solicite por escrito el demandante, le reconozca, liquide y pague pensión de vejez bajo el RPMPD, y que el señor JORGE ALBERTO VALENCIA CALVO dentro de la carta en que solicite la pensión de vejez, deberá incluir certificado de retiro laboral.

ORDENÓ a la AFP PROTECCION S.A. que, dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y pague la pensión de vejez bajo el RPMD a favor del demandante, solicite por escrito a COLPENSIONES, elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional. Aquí mismo se ORDENA a COLPENSIONES que dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que AFP PROTECCION S.A lo solicite por escrito, elabore dicho cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional y en ese mismo lapso (dos meses) COLPENSIONES deberá presentar dicho cálculo actuarial pensional a PROTECCION S.A, y que a su vez esta última entidad, AFP PROTECCION 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 a su pago real y efectivo a dicha entidad (COLPENSIONES).

ORDENÓ a la AFP PROTECCION S.A. que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES, sigue obligada a pagar la pensión de vejez bajo el RPMPD al señor JORGE ALBERTO VALENCIA CALVO. COLPENSIONES subrogará a AFP PROTECCION S.A en tal obligación a partir del momento y hora en que esta última entidad pague a COLPENSIONES el valor del cálculo actuarial pensional.

AUTORIZÓ a la AFP PROTECCION S.A a ENJUGAR parte del valor del cálculo actuarial pensional que se le ordena pagar a COLPENSIONES tomando para sí, para AFP PROTECCION S.A., los ahorros pensionales del

demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorros del demandante.

DECLARÓ NO PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada AFP PROTECCION S.A, y PROSPERA la excepción propuesta por COLPENSIONES de intransmisibilidad de la responsabilidad de la AFP PROTECCION S.A. a dicha entidad COLPENSIONES.

CONDENÓ en costas a cargo de la AFP PROTECCION S.A en favor del demandante y fijó como agencias en derecho la suma de \$4.640.000.

IMPUGNACIÓN

El apoderado de Protección S.A. interpone recurso de apelación manifestando que se debe revocar la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado de primera instancia pues indica que se aparta el juez de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral y desconoce todo lo que se ha desarrollado sobre el tema de la ineficacia del traslado por los altos órganos de cierre desde el año 2008; que el juez aplicó el artículo 272 de la ley 100 de 1993 y lo cierto es que la jurisprudencia ha señalado que lo que se debe aplicar es el artículo 271 de dicha normativa.

Que la carga argumentativa que hace el juez de primera instancia llevaría al fracaso del régimen pensional actual, y que resulta completamente desproporcionado en un escenario judicial que en cada caso concreto se haga un examen de constitucionalidad del sistema pensional pues indica que ello no es objeto del litigio en el presente proceso y precisa que si hay una diferencia de mesada pensional la culpa es exclusivamente de la ley que consagró dos sistemas completamente diferentes y excluyentes y que por lo tanto el cálculo de las mesadas pensionales se realiza de forma diferente sin que sea culpa de la AFP o las diferentes administradoras que han entrado en la administración de los recursos del régimen de ahorro individual, sino que es culpa de la forma en cómo fue elaborada la ley y el sistema pensional.

Que además no es la sentencia el escenario propio para discutir la constitucionalidad de la ley 100 de 1993 pues esto ya se hizo en la sentencia C 086 de 2003 donde se declaró exequible y constitucional el sistema general de pensiones, el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media teniendo en cuenta las mismas consideraciones que se hacen en el proceso o en la sentencia relacionadas con el mínimo vital, y por lo tanto la corte

constitucional teniendo conocimiento que las mismas mesadas pensionales son diferentes en cada uno de los regímenes, aun así lo declaró constitucional por lo que indica que no se puede hacer un juicio de constitucionalidad en la sentencia pues ello va en contra de la confianza legítima del estado.

Sobre el elemento de la responsabilidad que se anuncia en la sentencia indica que debe tenerse en cuenta que el cumplimiento del deber del buen consejo se efectuó y se llevó a cabo pues dicha administradora nunca ha desconocido dicha obligación de brindar información clara, completa y suficiente, y por el contrario, indica que cumplen de tal forma dicho deber que en el año 2012 antes de cumplir con la prohibición del traslado se le dijo al demandante en forma expresa y por escrito que le convenía más estar en el Instituto de Seguros Sociales, esto es, en el régimen de prima media y aun así el demandante quiso permanecer en el régimen de ahorro individual.

Que no está de acuerdo en que se desconozca completamente la jurisprudencia en torno a la ineficacia para declarar o dar las consecuencias de lo que ella se deriva y precisa que es claro que la entidad guarda la documentación de la historia laboral del demandante y lo guarda de tal forma que el decreto 692 de 1994 artículo 11 y 12, establece que las administradoras deberían de suscribir en el formulario de afiliación la observación de que se había brindado una observación clara, completa y específica, y que conforme a esto el demandante haya tomado la decisión de trasladarse, y conforme a ello guarda el formulario de afiliación que en ese momento se suscribió creyendo que era la prueba idónea para acreditar el deber de información, pero que 20 años después la Corte Suprema de Justicia desarrolla una jurisprudencia en la cual manifestará que el formulario de afiliación, pese a que se encontraba escrito no era suficiente para acreditar ese nivel de información, precisando de esta forma que la entidad cumplió con la obligación que se le exigía para el momento del traslado.

Considera que no existe precedente judicial en la inversión de la carga de la prueba en lo concerniente al tema de perjuicios y con el reconocimiento de una pensión con base en las reglas de otro régimen, y que tampoco existe ningún sustento para estos efectos más cuando en el caso en concreto se tiene la declaración del demandante de que se le brindó la información debida y con el formulario de re asesoría suscrito y las proyecciones entregadas en su momento oportuno cuando el demandante se podía trasladar de régimen, y que si los únicos argumentos que se utilizan para inaplicar el régimen de

ahorro individual es el examen constitucional de cómo se calcula la mesada pensional en el régimen de ahorro individual queda aún más en entredicho y que ello no es suficiente toda vez que ya la Corte Constitucional lo declaró exigible y constitucionalmente válido.

En cuanto al principio de congruencia entre la demanda de la sentencia, y las facultades *Ultra* y *extra petita* indica que las mismas fueron extralimitadas por el juez de primera instancia al ordenar reconocer la mesada pensional como si estuviese en el régimen de prima media pues ello no se encontraba solicitado en la demanda y que para que se puedan aplicar las facultades *ultra* y *extra petita* se deben de cumplir los requisitos del artículo 50 del código procesal del trabajo.

Qué se debe tener en consideración que los efectos de la ineficacia ya fueron desarrollados por el Tribunal y por la Corte Suprema, y, por ende, todo efecto debe ser conforme a dicho desarrollo jurisprudencial y no otro elemento diferente. Por último, indica no estar de acuerdo con el monto fijado por concepto de agencias en derecho pues indica que se hace una fijación excesiva de dichas costas cuando en materia ineficacia este tema ya está muy desarrollado, y prácticamente no existe dificultad alguna para la parte demandante adelantar este proceso. Por lo anterior solicita revocar la sentencia de primera instancia en estos puntos en particular.

El apoderado del demandante interpone recurso de apelación manifestando que se encuentra conforme en relación con las consideraciones emitidas por el juez de dar por no acreditado por parte de la AFP Protección S.A del cumplimiento de su obligación de suministro de información, y que con base en ello conllevó a una decisión que no fue de manera consciente, y que no se encontraba en plena capacidad con las exigencias que para ello establecen las disposiciones normativas; sin embargo, se aparta de lo decidido a la sentencia en relación con las consecuencias que devienen de ello en el entendido de que la consecuencia lógica es la establecida dentro de la línea jurisprudencial respecto a la ineficacia de la afiliación ordenando a las accionadas tanto el traslado de todos los aportes, rendimientos sin descontar gastos de administración, y a su vez a que Colpensiones reciba dichas sumas sin que haya existido solución de continuidad, por lo que solicita que la sentencia debe ser emitida bajo estas consideraciones.

La apoderada de Colpensiones allega escrito solicitando se decrete la nulidad atendiendo a lo consagrado en el numeral 6 del artículo 133 del Código General del Proceso, pues indica que no se le permitió la oportunidad de interponer recurso de apelación al considerar que Colpensiones no había sido condenada con la sentencia de primera instancia, por lo que solicita se declare la nulidad mencionada y se le permita interponer y sustentar el respectivo recurso de apelación en condiciones de igualdad respecto de las demás partes intervinientes en este proceso a quienes se les permitió el uso de la palabra para manifestarse respecto de la sentencia proferida.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de Colpensiones indica que no comparte la decisión de primera instancia y que dicha manifestación no pudo sustentarse como puede escucharse en archivo de audio al no permitirse a dicha apoderada interponer y sustentar el recurso de apelación a la sentencia, por considerar el despacho falta de intereses jurídico para hacerlo, y sin que se resolviera siquiera la solicitud de nulidad conforme el artículo 133 del C.G.P, razón por la cual solicita al Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral en esta oportunidad sea revocada la sentencia de primera instancia debiendo ABSOLVER a Colpensiones de las pretensiones de forma integral y no acceder a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen.

Que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindarse al momento de la afiliación del demandante, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado pues no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes, no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite de traslado

es quien debe afrontar la carga de la prestación. Así, no es admisible que el documento soporte de la afiliación que es el formulario suscrito por el afiliado, sea desestimado por los diferentes Despachos como una prueba a la voluntad libre de afiliación del demandante, indicándose que solo corresponde a una cláusula o a un formato carente de certeza.

Que la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la citada providencia C 086 de 2016, y que en razón de ello era a la parte demandante a quien le correspondía probar los supuestos de hecho relacionados en el escrito de demanda refiriendo además que tampoco se demostró ningún vicio en el consentimiento.

Que además la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, y que además Colpensiones en ningún momento realizó ninguna actuación omisiva ni contraria a derecho, por lo tanto, no le compete la realización del solicitado traslado, en tanto que, el traslado se presume se realizó de forma voluntaria y espontánea por parte de la demandante, y COLPENSIONES no intervino ni afectó en forma alguna la decisión.

En caso de que se confirme la sentencia solicita se ORDENE la devolución de la totalidad de las sumas que se encuentre depositados en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que se hubieren generado, los descuentos efectuados por garantía de pensión mínima, cuotas para el cubrimiento de los seguros previsionales de invalidez y sobreviviente junto con sus cuotas de administración, primas de reaseguros de Fogafín, de manera indexados; así como las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración con todos sus frutos e intereses por el tiempo que el demandante permaneció afiliado al RAIS.

Indica que si la sumatoria de todos los conceptos que se ordenan trasladar resulten ser inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que la parte demandante hubiera permanecido en el RPMPD, será la AFP PROTECCIÓN S.A. quien asuma la diferencia que resultare en proporción al periodo durante el cual la

parte demandante permaneció afiliada a dicha AFP. Por último, solicita no sea condenada en costas.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud de los recursos de apelación y en el grado de consulta a favor de Colpensiones: 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 Protección 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 ser una decisión que no es congruente con la demanda; iii) En caso de declarar la ineficacia del traslado, se deberá determinar si la AFP Protección S.A. debe trasladar a Colpensiones el capital ahorrado por la demandante en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, los gastos de administración, seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y demás emolumentos indexados, con cargo a su propio patrimonio. Y Por último se debe aclarar si puede o no mediar en esta instancia el monto fijado como agencias en derecho a Protección S.A

Antes de entrar al estudio del caso concreto debe precisarse que no hay lugar a la solicitud de nulidad pretendida por la apoderada de Colpensiones, en primer término por cuanto en la audiencia de trámite y fallo al haberse negado la posibilidad de interponer recurso no se hizo ninguna manifestación, encontrándose saneada dicha nulidad por el silencio de la parte, además por cuanto según lo dispuesto en la sentencia de primera instancia se absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra, y por ultimo por cuanto en esta instancia se conocerá igualmente en consulta a favor de los intereses de Colpensiones.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante nació el 10 de julio de 1960, (fls 16 PDF 03), que se afilió al ISS hoy Colpensiones donde cotizó un total de 251.14, (fls 72 PDF 18), y se trasladó a Protección S.A de forma efectiva a partir del 01 de septiembre de 1994, (fls 70 PDF 18).

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 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 Protección S.A a trasladar a Colpensiones la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, frutos e intereses, así como las cuotas de administración al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

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 PROTECCION S.A. reconocer, liquidar y pagar 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 PROTECCION 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, a sabiendas que se tratan de pretensiones que no fueron solicitadas en la demanda y frente a las cuales las accionadas PROTECCION 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 PROTECCION 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, cuando considera improcedente el regreso automático a Colpensiones de las personas que le faltan menos de 10 años para pensionarse, toda vez que no

se puede olvidar, que el análisis que se realiza en los eventos donde se solicita la ineficacia del traslado o de la afiliación, versan exclusivamente en la falta de información suficiente, amplia y oportuna por parte de los fondos de pensiones, al momento de realizarse la afiliación o el traslado de régimen, dado que esto tiene una relación directa con la validez o no del acto jurídico celebrado. Al respecto, la sentencia SL 2621 de 2021 señaló:

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

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

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

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

“Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a

Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

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

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior **es libre y voluntaria** por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley”,* y si nos remitimos al art 271 de la Ley 100 señala que **no será eficaz el traslado** si se menoscaba la libertad, la dignidad humana, los derechos de los trabajadores que son sujetos de protección, y dice que *“Cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado...”* no solo a la multa sino que dice en forma expresa *“... La afiliación respectiva **quedará sin efecto** y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*, o sea que se refiere a una ineficacia.

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

“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que **impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados**- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el

desarrollo de su actividad **compromete la responsabilidad de la sociedad administradora ...**". (Resalto fuera del texto)

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

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

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

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

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL 1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877, 4811 de 2020, SL 1217 y 782 de 2021, SL 755, SL 779 y SL 4297 de 2022 y SL 1084 de 2023, y como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento

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

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada PROTECCION S.A, 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, sin que sea relevante para el caso bajo estudio la reasesoría que se le brindó al demandante en el año 2012, por lo trascendental para el cumplimiento del deber de información según la jurisprudencia mencionada es la debida información que se debió brindar al momento del traslado inicial realizado a PROTECCION S.A.

Por lo anterior 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. Además de lo anterior es necesario advertir que con los documentos aportados al expediente por las demandadas **no se logra demostrar que le dieron información completa y suficiente.**

En lo que respecta al interrogatorio de parte absuelto por el demandante, no se evidencia confesión alguna de su intervención, pues este indicó que está

vinculado en Comfama hace 36 años y que lo motivó a trasladarse a Protección S.A en el año 1994, cuando Comfama cuando apareció este nuevo sistema de pensiones promovió entre todos los trabajadores este nuevo de pensiones por lo que en dicha empresa fueron muchas las visitas y reuniones que se hicieron promoviendo la afiliación al fondo privado y quien estuvo más dando charlas a los trabajadores fue protección y por ello se pasó porque le decían que el sistema del estado estaba en crisis y que había que proteger los aportes para que no se fueran a perder. Que esta información le fue dada junto con otros compañeros de trabajo, que antes de los 52 años tuvo un encuentro con protección donde le generaron una información donde le afirmaban verbalmente que su pensión iba a tener una diferencia del 10%, y por ello dijo que si la diferencia era del 10% no justificaba el traslado y que por eso se quedó en Protección S.A.

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 REVOCAR y en su lugar se DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por el señor JORGE ALBERTO VALENCIA CALVO al Régimen de Ahorro Individual a la AFP PROTECCION S.A

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

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

2º. Rendimientos: En igual sentido este concepto se traslada de conformidad con el art. 113 ídem que señala *“Si el traslado se produce del Régimen de*

¹ Sentencia SL 3051 del 7 de julio de 2021, engloba la obligación de trasladar todos los conceptos, al señalar: “Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado 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).”

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)”*

En orden de lo anterior precisa la Sala que los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes deben devolverse a Colpensiones y por lo tanto no le asiste razón a la parte demandada en su argumento, toda vez que según la jurisprudencia mencionada el hecho de declararse la ineficacia del traslado al RAIS implica la restitución de las cosas a su estado anterior de forma plena y completa, y el estado anterior a dicha afiliación al RAIS no es otro que un escenario donde nunca se hubieran cobrado o descontado los seguros previsionales al afiliado o más bien, que los mismos hubieran ingresado al RPM donde, ante la declaratoria de la ineficacia, se debieron de haber realizado, y como ello no ocurrió, lo que debe desprenderse de ello es la consecuencia lógica que la AFP del RAIS se encuentre obligada a devolver dichos conceptos.

Así mismo debe precisarse que los anteriores conceptos deben de ser trasladados **con cargo a los propios recursos** de la AFP del RAIS sin necesidad de vincular a las aseguradoras, según lo ha consagrado en

sentencias CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019 y CSJ SL2877-2020, precisándose en dichas providencias que estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

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 Régimen de Prima Media 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 2020².

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 Média. 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

² La Sentencia SL 4063 de 2021 “De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.**” (Resalto de la Sala)

prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Como consecuencia de la anterior declaración, a sabiendas que la afiliación a PROTECCION 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 PROTECCION S.A. traslade a Colpensiones, los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos generados; **los gastos de administración** constituidos por *“cuotas de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”* debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo que el señor JORGE ALBERTO VALENCIA CALVO realizó aportes en dicho fondo.
Advirtiéndose que, los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.
- Así mismo la sociedad PROTECCION S.A. deberá trasladar el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

En consecuencia, con la orden dada anteriormente, 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 las sentencias SL-843-2022, SL-755-2022, SL-756-2022 y SL 896 del 23 de marzo de 2022, se ORDENARÁ a la demandada PROTECCION S.A, que al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros que se ordena trasladar a Colpensiones, **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 PROTECCION 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: Precálculo. 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 PROTECCION S.A., elaborarlo y presentarlo a dicha entidad, y donde se ordenó que dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba por escrito el valor del cálculo actuarial pensional de manos de COLPENSIONES, se procediera a su pago real y efectivo a dicha entidad (COLPENSIONES).

Decisión que se adopta, toda vez, que, al declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional, PROTECCION 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 PROTECCION S.A., empiece a pagar la pensión de vejez a la demandante en subrogación de PROTECCION S.A.

Ahora, el reproche frente al monto de las agencias en derecho fijadas en primea instancia cargo de Protección S.A, advierte la Sala que no es este el momento procesal oportuno para debatir dicha situación, pues según el

numeral 05 del artículo 366 del C.G.P, “la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho **solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas**”, razón por la cual no se hará ningún pronunciamiento en esta instancia al respecto.

Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A en la suma de \$1.160.000 por no prosperar el recurso interpuesto.

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 el señor JORGE ALBERTO VALENCIA CALVO al Régimen de Ahorro Individual, a la AFP PROTECCION S.A.

SEGUNDO: ORDENAR que:

- La sociedad PROTECCION S.A. traslade a Colpensiones, los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos generados; **los gastos de administración** constituidos por “*cuotas de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*” debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo que el Sr, JORGE ALBERTO VALENCIA CALVO realizó aportes en dicho fondo.

Advirtiéndose que, los descuentos por conceptos de Fogafín se deberán retornar, por el tiempo en que se hayan efectivamente realizado.

Así mismo la sociedad PROTECCION S.A. deberá trasladar el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

TERCERO: 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.

CUARTO: ORDENARLE a PROTECCION S.A, que, al momento de cumplirse la orden del traslado de la totalidad de los dineros ordenados en la sentencia, 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 a cargo de Protección S.A en la suma de \$1.160.000 por no prosperar el recurso interpuesto.

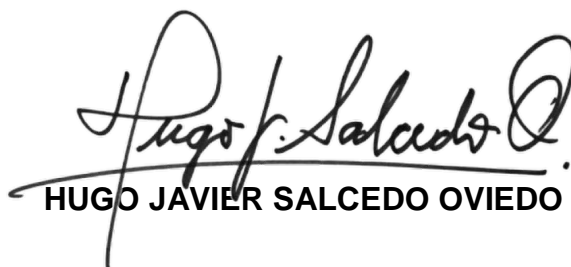
SEXTO: Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la providencia AL 2550, radicación 89628 del 23 de junio de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Las anteriores decisiones se notifican en ESTADOS

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO



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:

DEMANDANTE	: JORGE ALBERTO VALENCIA CALVO
DEMANDADOS	: COLPENSIONES Y PROTECCION S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-003-2022-00183-01
RADICADO INTERNO	: 280-23
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 25 de octubre de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 25 de octubre de 2023 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO