

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, trece (13) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

DEMANDANTE	: LUIS EDUARDO BERNAL RAMIREZ
DEMANDADOS	: COLPENSIONES, PROTECCION S.A, PORVENIR S.A COLFONDOS S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-003-2021-00212-01
RADICADO INTERNO	: 019-24
DECISIÓN	: REVOCA, DECLARA, ORDENA Y CONDENA
ACTA NÚMERO	: 048

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 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:

Se reconoce personería a la Dra, ANA MARIA VELEZ RESTREPO, como apoderada de Colpensiones según el poder de sustitución allegado y por cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 75 y ss del C.G.P.

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 nulidad o ineficacia del traslado o afiliación del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A, y se ORDENE el retorno del demandante al régimen de prima media administrado por Colpensiones y se ORDENE a Colpensiones activar en dicho régimen al demandante en los dos meses siguientes a que se produzca el fallo.

Como pretensiones subsidiarias consecuenciales solicita se declare la nulidad o ineficacia del traslado que se realizó a Porvenir S.A, a Colfondos S.A y a Protección S.A y se ORDENE a Porvenir S.A a trasladar todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante y se DECLARE y reconozca a favor de este cualquier otro derecho distinto al pretendido en la demanda siempre y cuando se haya demostrado dentro del proceso, y se condene además en costas a la demandada.

La parte demandante fundamenta sus pretensiones en que, nació el 27 de marzo de 1964 y cuenta con 57 años a la presentación de la demanda y con más de 1246 semanas; refiere que con la entrada en vigencia de la ley 100 se crearon los fondos privados de pensiones y el demandante se encuentra cotizando actualmente para obtener su pensión de vejez desde febrero de 1992, aportes que inicialmente realizó en el régimen de prima media.

Indica que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con 30 años de edad y 38 semanas cotizadas, a partir del año 1994 los fondos privados iniciaron campañas masivas de afiliación utilizando como estrategia el miedo y la desinformación de los aportantes al sistema por lo que en mayo de 1998 cuando el demandante que se encontraba trabajando en la compañía de servicios y Administración Serdán S.A le solicitaron a afiliarse a Porvenir S.A pero indica que no le brindaron ningún tipo de asesoría, y que con ello además no se tuvo en cuenta el artículo 13 de la ley 100 de 1993 literal e), que dice que no se puede realizar el traslado de régimen sino hasta 5 años después de la escogencia del régimen inicial.

Indicó que en diciembre del año 1999 le solicitaron nuevamente trasladarse a Colfondos y la compañía para la que trabajaba autorizó el ingreso del asesor comercial de Colfondos para que tomara la firma del demandante y se trasladará pero no se le brindó ningún tiempo de información y nunca se le indicaron las consecuencias adversas del traslado; que en abril del año 2007 cuando se encontraba trabajando para la empresa activos S.A le solicitaron afiliarse al fondo de pensiones Horizonte hoy Porvenir S.A pero refiere que allí tampoco se le brindó ningún tipo de información; en abril del 2011 se trasladó a ING hoy protección S.A y en julio del 2011 nuevamente se trasladó a Porvenir S.A pero sin que se le brindara ningún tipo de información.

El 12 de marzo del 2021 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen el cual le fue negado mediante comunicado el 13 de marzo del mismo año, el 10 de

marzo del 2021 radicó ante Porvenir S.A una solicitud de información y aclaración de las incógnitas sobre el traslado de régimen, y dicha entidad le respondió la solicitud del 5 de abril del 2017 pero no se le dio una respuesta concreta frente a las preguntas realizadas en la solicitud; que el 10 de marzo del 2021 también realizó petición a Colfondos S.A para que le brindaran información sobre el traslado la cual le fue respondida el 23 de diciembre del 2020 pero no se le dio una respuesta concreta, el 10 de marzo del 2021 también radicó solicitud a Protección para que se le informara sobre el traslado a dicha entidad pero también recibió una respuesta el 18 de marzo del 2021 que no era concreta ni conforme con lo solicitado.

RESPUESTA A LA DEMANDA

Colpensiones manifiesta que acepta la fecha de nacimiento del demandante, y que este se encuentra cotizando desde febrero de 1992 en el RPM, también acepta como cierto la solicitud que realizó a dicha entidad y la respuesta que dio a la misma, no aceptó los demás hechos, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación de traslado entre regímenes pensionales, inexistencia de la obligación, por ausencia de uno de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de vejez, imposibilidad de aplicar precedente judicial y la inversión de la carga de la prueba, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y la innominada o genérica.

Por su parte **Porvenir S.A** al dar respuesta a la demanda no aceptó ninguno de los hechos, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

Protección S.A al dar respuesta a la demanda acepta como cierto la afiliación y traslado que se realizó a dicha entidad, la petición presentada y la respuesta dada a la misma, 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, 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, y la Innominada o Genérica.

Colfondos S.A al dar respuesta indicó que acepta el traslado a dicha entidad, las peticiones presentadas y la respuesta dada a las mismas, no aceptó los demás hechos, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones y propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 15 de enero de 2024, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ que las AFP PROTECCION S.A, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A faltaron a su obligación de dar información veraz, clara y oportuna al señor LUIS EDUARDO BERNAL RAMIREZ al momento de realizar su traslado del RPM al RAIS.

DECLARÓ la responsabilidad profesional y constitucional de las AFPS PROTECCION, COLFONDOS Y PORVENIR en el menoscabo de la seguridad social en pensiones, al haber vulnerado su acceso real y efectivo al derecho social fundamental a la seguridad social en pensiones.

DECLARÓ que las AFPS PROTECCION, COLFONDOS Y PORVENIR, son responsables profesionalmente por la declaratoria de ineficacia por inaplicación del traslado del demandante y DECLARÓ que el demandante sigue inmerso en el RPMPD, pero a cargo de la AFP PORVENIR S.A.

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

ORDENÓ a AFP PORVENIR S.A. para que dentro del mes siguiente a la fecha solicitud de pensión por parte del demandante una vez reúna los requisitos para acceder al derecho, reconozca y pague al señor LUIS EDUARDO BERNAL RAMIREZ la pensión de vejez bajo los criterios del RPMPD.

ORDENÓ a AFP PORVENIR S.A. a que dentro del mes siguiente a la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante, solicite por escrito a COLPENSIONES, para que elabore calculo actuarial pensional con miras a la subrogación pensional del demandante y ORDENÓ a COLPENSIONES para que dentro de los dos meses posteriores a la solicitud por parte de AFP PORVENIR S.A elabore dicho cálculo actuarial y en ese mismo lapso lo presente por escrito a la AFP PORVENIR S.A. y la AFP PORVENIR S.A lo pague dentro del mes siguiente a COLPENSIONES.

ORDENÓ a la AFP PORVENIR S.A que continúe asumiendo el pago de las mesadas pensionales bajo el RPMPD al demandante al señor LUIS EDUARDO BERNAL RAMIREZ, hasta tanto no pague el cálculo actuarial a COLPENSIONES.

AUTORIZÓ a la AFP PORVENIR S.A a RECOBRAR el 22% a COLFONDOS y el 1% a PROTECCION, y AUTORIZÓ a la AFP PORVENIR S.A a retener para sí parte de la suma de dinero que deberá pagar en el cálculo actuarial a COLPENSIONES para subrogar la pensión de vejez a la demandante, utilizando los saldos ahorrados, con sus rendimientos y bonos pensionales del demandante, incluyendo las sumas de dinero que tenga en su poder como bonos, rendimientos o cualquier otra suma de dinero que estén relacionadas con la pensión de vejez de la demandante.

CONDENÓ en costas procesales a cargo de la AFP PORVENIR S.A en favor del demandante señor LUIS EDUARDO BERNAL RAMIREZ, y fijó como agencias en derecho la suma de \$5.200.000.

IMPUGNACIÓN

El apoderado de Porvenir S.A. interpone recurso de apelación manifestando que si bien es consciente de que los juzgados se pueden apartar de la doctrina probable adoptada por los Superiores, también es consciente que lo deben hacer de una forma motivada, y si bien reconoce que el despacho ha hecho una juiciosa motivación del fallo, no encuentra que el mismo se compagine con los postulados que viene sentando la Corte Suprema de Justicia, ni que esa carga argumentativa satisfaga los requerimientos para que se pueda apartar de lo que ha venido trazando la Corte Suprema de Justicia y los tribunales al respecto.

Que además en la demanda en ningún momento se solicitó la responsabilidad patrimonial o la responsabilidad constitucional por parte de las AFPS, y en ese sentido, no se podría admitir un fallo en esos términos pues no se estaría atendiendo al principio de congruencia que debe existir entre lo pedido y el fallo; también considera que no se le pueden impartir las órdenes mencionadas en la sentencia a Porvenir debido a que si bien la ley 100 trae el artículo que permite la inaplicabilidad de las normas en tanto desmejoren los postulados o derechos de la seguridad social de los afiliados, estas son normas de orden público las cuales no pueden ser modificadas ni por los operadores judiciales ni por ninguna de las partes, y que tampoco se podría tomar sustrato de una norma y de otra para crear una tercera que no existe en el ordenamiento jurídico pues ello desconoce el principio de inescendibilidad de la norma jurídica.

Que por lo anterior no se le puede imponer a la demandada una mesada en los términos del régimen de prima media pues son dos regímenes excluyentes entre sí, tienen forma de liquidar, reconocer y pagar las mesadas pensionales de forma diferente, y que precisamente esas son las características que le dan la naturaleza jurídica cada uno de los regímenes.

Que tampoco es posible aplicar la figura de la subrogación pensional pues considera que esa es una figura que se realiza entre el empleador omiso que faltó a su deber jurídico de afiliar o pagar la seguridad social de su empleado y el fondo que administre esos recursos pero no entre diferentes fondos, y al mismo tiempo indica que si se está declarando que el demandante siempre ha estado inmerso en el régimen de prima media no habría lugar para que Porvenir le cancelé una mesada pensional a una persona que ya no sería su afiliado y que pertenecería a otro régimen pensional.

Respecto a la condena en costas indica que no está de acuerdo que sean a cargo únicamente a cargo de Porvenir y que después dicha entidad pueda recobrar a las demás AFP pues indica que el artículo 366 del código general del proceso dice que las costas deben de ser asumidas por quienes resulten vencidos en juicio, y que en este proceso todas las codemandadas han resultado vencidas en el litigio, presentaron excepciones, y se opusieron a las pretensiones de la demanda, realizaron un interrogatorio intentando desvirtuar las pretensiones del demandante, y todas estas actuaciones demuestran el querer de que no salieran avantes lo pretendido por el demandante y por lo tanto debe ser condenado en costas.

También solicita que se revoque en su totalidad las órdenes impartidas a dicha entidad y el fallo preferido por el juzgado de primera instancia mencionando para ello providencias emitidas por la sala segunda, tercera y quinta de esta Corporación según las cuales revocaron en su integridad la sentencia de primera instancia.

El apoderado de Colfondos S.A interpuso recurso de apelación manifestando que se debe revocar la sentencia y en su lugar negar las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que Colfondos no fue la AFP que dio origen al traslado de la parte demandante, y, por lo tanto, no tiene el deber de información mencionando, además que conformidad con la ley 100 de 1993, Colfondos no podría negarse a recibir al demandante.

Recuerda que la parte emotiva de la sentencia se aparta de los postulados jurisprudenciales que ha venido teniendo en cuenta la Corte Suprema de Justicia no compartiendo el recurrente las consideraciones expuestas por el juez toda vez que en el fondo se está ordenando a que el régimen de ahorro individual conceda una pensión bajo los postulados del régimen de prima media lo cual sería totalmente opuesto a lo consagrado en la ley 100 de 1993; que además debe recordarse que el deber de información de acuerdo con la declaratoria ineficacia que ha venido estableciendo la Corte Suprema de Justicia se da bajo el postulado de la ineficacia la primera afiliación, es decir, que si con posterioridad Colfondos o cualquiera otra AFP hubiera subsanado el deber de información al demandante, la alta corporación ha dicho que esto no tiene ningún efecto, y por lo tanto, son todas las AFP que tienen que responder y que por ello no sería viable toda vez que Colfondos no fue quien en principio le brindó la primera asesoría al demandante.

De otro lado recuerda que Colfondos siempre debe garantizar el derecho de retracto de la parte demandante lo cual se puede probar con el diario del periódico el Tiempo el cual se allegó con la contestación de la demanda en la cual se les recordó a todos los afiliados el derecho de retracto establecido en el artículo 03 del decreto 691 de 1994 sin que se hubiere hecho uso de este. Por lo anterior solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se niega las pretensiones de la demanda

La apoderada de Protección S.A, interpone recurso de apelación solicitando se revoque de forma total la sentencia de primera instancia indicando para ello

que el artículo 131 del código general del proceso establece la congruencia de la sentencia indicando que no podrá condenarse por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada, y que con base en ello es claro que el juez en el proceso está condenando a Protección S.A a un cálculo actuarial en favor de Porvenir a una permuta como lo denomina el despacho teniendo en cuenta que no quedó establecido en la fijación de litigio pues ello no se solicitó como pretensión de la demanda.

Que por lo anterior se extralimitó la facultad Ultra y extrapetita que permite la norma y que con el fallo emitido se está dejando de lado la creación que produjo la ley 100 de 1993 en el artículo 12 y es que el sistema de pensiones contempla dos regímenes que son excluyentes pero que coexisten entre sí y son legales, y que ambos exigen del afiliado el cumplimiento de una serie de requisitos que van a definir su pensión, y que para que esto ocurra también se requiere que el afiliado preste toda su atención en su futuro pensional.

Que además también se tiene la posibilidad de ejercer su libre elección de escoger el régimen con el que se quiere pensionar y además es necesario que se superen unos trámites que la misma ley contempla, esto es, la solicitud de traslado que se realiza a través del diligenciamiento del formulario de vinculación previamente establecido por la superintendencia financiera, entidad encargada de la vigilancia de los fondos de pensiones, y no por caprichoso por parte de las administradoras, pues indica que el legislador determinó expresamente las facultades para que el afiliado en ejercicio de su autonomía de voluntad pueda ejercer la libertad de escoger uno y otro régimen para acceder las prestaciones del sistema general de pensiones, pero en ningún momento previo la posibilidad de que el régimen de ahorro individual siendo un sistema de capitalización en donde el actor principal es el afiliado ya que es el encargado de construir su pensión, asuma prestaciones pensionales bajo el régimen de prima media y mucho menos que asuma por concepto de cálculo actual y a favor de Porvenir.

Qué más debe recordarse que si lo que se pretende es hacer ver que dicha entidad causa un perjuicio al demandante para que se impute responsabilidad a una persona independientemente de su naturaleza jurídica deben configurarse tres elementos, el daño, la culpa y el nexo de causalidad, con la cual si falta uno o más de estos elementos no existe obligación de reparar, recordando además que esta carga probatoria es del demandante y no de la

entidad pues en el presente caso no existe prueba del presunto daño causado al actor.

Que además tampoco existe una sentencia declarativa que determine que existe una conducta ilegal y que de ella se derivaron dichos perjuicios: agrega que no es posible la conmutación pensional entre Protección y Porvenir pues indica que esto es un mecanismo jurídico y contable a través del cual una entidad empleadora puede 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. Por lo anterior solicita sea revocada la sentencia.

El apoderado del demandante interpone recurso de apelación indicando que si bien está de acuerdo con varios de los planteamientos de la sentencia, estos lo que harían sería retrasar la situación final del demandante toda vez que le abriría la posibilidad a los fondos privados de pensiones de acceder al recurso extraordinario de casación toda vez que con estos dineros que se tendrían que aportar por parte de Porvenir se tendría interés jurídico para acceder al recurso de casación, lo cual ampliaría mucho los términos para el demandante razón por la cual solicita al tribunal se revoque parcialmente la decisión y se haga uso de los postulados y la jurisprudencia de la CSJ respecto a la ineficacia del traslado. Solicita además se condene en costas a Protección S.A y a Colfondos S.A por haber sido vencidas en juicio y haberse opuesto a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte demandante allega escrito de alegatos de conclusión en el que reitera los argumentos expuestos a lo largo del proceso relacionados con la procedencia de la ineficacia en los términos solicitados en la demanda por la falta del deber de información a cargo de los fondos privados y teniendo en cuenta para ello además la jurisprudencia de la CSJ al respecto.

El apoderado de Colfondos S.A presenta alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación y en el recurso de apelación interpuesto solicitando de esta forma sea revocada la sentencia de primera instancia.

El apoderado de Porvenir S.A presenta alegatos manifestando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez, y que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a lo expuesto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, sin consideración a que esta disposición, indica en forma expresa que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato.

Que partiendo de lo anterior, en este asunto ninguno de estos presupuestos legales, se alegaron ni menos resultaron demostrados en el proceso por cuanto el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Que como quiera que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciada por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz

absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del citado código, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado.

Que no se puede desconocer que la AFP, le garantizó el derecho de retracto, conducta que se prueba con la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte, y que por lo tanto en el presente asunto, la parte demandante realizó cambio de régimen con Porvenir S.A, de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario de afiliación.

Que además dicha entidad cumplió con sus obligaciones que para el momento de la afiliación se le exigía y cumplió con todas las obligaciones de asesoría e información vigentes para la fecha.

Que además el afiliado decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación con mi representada, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT, y se debe tener en cuenta la voluntad del actor de permanecer en el RAIS por más de 20 años.

Respecto a la imposición de cargas probatorias inexistentes indica que respecto al alcance de la información - la misma tiene que ser no solo de calidad sino "CALIFICADA", como lo indica la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL1637-2022 Radicación No. 89208 del once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Que la primera instancia, sin realizar el análisis en conjunto y crítico de estas pruebas como lo ordena el artículo 60 del C.P.T y S.S., declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas antes del ordenamiento civil, relacionadas con la validez de los negocios jurídicos.

Que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y PORVENIR S.A, indicando en este sentido que tampoco es procedente la devolución de las cuotas de administración.

La apoderada de Colpensiones solicita no acoger el fallo de primera instancia pues indica que la ineficacia del traslado es improcedente por faltarle menos de 10 años para pensionarse, y porque además se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Respecto a las cargas probatorias respecto al deber de información que han sido endilgadas a las AFP indica que dentro de ellas se encuentran la obligación de allegar soportes o pruebas a las que jurídicamente no estaban obligadas a la fecha de afiliación, resulta una carga desproporcional que va en detrimento del principio de confianza legítima, razón por la cual, solicita se tenga en cuenta la normatividad aplicable al caso para el momento de la afiliación.

Igualmente solicita que, al momento de proferir sentencia, se reevalúe los hechos que dieron lugar al presente proceso, a fin de establecer las circunstancias particulares del caso, la decisión que llevó a la demandante a trasladarse de régimen y el actuar de la AFP Protección al momento de efectuar el traslado.

Que se debe tener en cuenta que Colpensiones como Administradora del Régimen de Prima Media, fue un tercero ajeno al contrato celebrado entre la señora Claudia Elena Munera Pineda y la AFP Protección S.A., por lo que, no debió emitirse condena alguna en contra de dicha entidad.

Finalmente, y sin que ello implique reconocimiento de derecho alguno, en el hipotético evento en que el Ad quem decida conceder las pretensiones que deprecia la demandante, solicita condenar a la AFP Protección S.A., a entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como: cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto a consideración del Despacho.

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 Porvenir S.A.; ii) Si hay lugar a revocar la orden dada a Colpensiones de elaborar el cálculo actuarial con miras a la subrogación pensional y el pago de la pensión de vejez, una vez reciba el cálculo actuarial, por 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 Porvenir S.A. debe trasladar a Colpensiones el capital ahorrado por el 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. Además, deberá determinarse si las otras AFP Protección S.A y Colfondos S.A deben devolver a Colpensiones, las sumas deducidas al demandante por concepto de gastos de administración, seguros previsionales, y reaseguros de fogafin debidamente indexados por el tiempo en que duró la afiliación con cada una de dichas entidades. Y Por último se debe determinar si debe o no condenarse en costas a las demandadas.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante nació el 27 de marzo de 1957, (fls 27 PDF 03), que se afilió al ISS hoy Colpensiones desde el 09 de julio de 1993, (fls 26 PDF 10), y se trasladó a Porvenir S.A de forma efectiva a partir del 01 de julio de 1998, a Colfondos S.A desde el 01 de febrero del 2000, a Horizontes S.A desde el 01 de junio de 2007, a ING desde el 01 de junio de 2011, el 31 de diciembre de 2012 a Protección S.A por cesión por fusión, luego a Horizontes S.A el 01 de marzo de 2013, y por ultimo a Porvenir S.A a partir del 01 de enero de 2014, (fls 95 PDF 13).

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 Porvenir 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 PORVENIR 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, a sabiendas que se tratan de pretensiones que no fueron solicitadas en la demanda y frente a las cuales las accionadas PORVENIR S.A. y Colpensiones, no tuvieron la oportunidad de ejercer una defensa en el proceso, se genera una vulneración al derecho fundamental al debido proceso, contradicción y defensa. Razones que llevan a que la sentencia emitida en primera instancia sea REVOCADA.

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

2. De la ineficacia del traslado

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

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

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

Por otro lado, considera la Sala que tampoco le asiste la razón al A Quo, 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 PORVENIR 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.

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 que pueda ser tomado en su contra al tenor de lo consagrado en el artículo 191 del C.G.P, pues el interrogatorio de parte solo es útil al proceso en la medida en que sirva para provocar confesión.

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 LUIS EDUARDO BERNAL RAMIREZ al Régimen de Ahorro Individual a la AFP PORVENIR 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 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

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).”

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, 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 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.”

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

- La sociedad PORVENIR S.A. traslade a Colpensiones, los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos generados; **los gastos de administración** constituidos por “*cuotas de administración, la prima de reaseguros de Fogafín en caso de que se hubieren descontado 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 LUIS EDUARDO BERNAL RAMIREZ 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 PORVENIR S.A. deberá trasladar el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

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)

- Las sociedades PROTECCION S.A y COLFONDOS S.A deberán devolver a Colpensiones **los gastos de administración** constituidos por *“cuotas de administración, la prima de reaseguros de Fogafín en caso de que se hubieren descontado y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”* debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado con cada uno de dichos fondos.

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

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

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

En consecuencia, con lo anterior, se REVOCARÁ la orden dada, para que Colpensiones elabore el cálculo actuarial pensional, y entre los dos meses siguientes a la fecha que lo soliciten por escrito PORVENIR S.A., elaborarlo y presentarlo a dicha entidad, y 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, PORVENIR S.A. está llamada a realizar la devolución a Colpensiones, de los aportes, rendimientos y demás conceptos enunciados.

Y en consecuencia de la anterior decisión, también se REVOCARÁ la orden dada a Colpensiones, que desde el momento que se le reconozca, liquide y pague realmente el cálculo actuarial pensional por PROTECCION S.A., empiece a pagar la pensión de vejez a la demandante en subrogación de PORVENIR S.A.

Ahora, respecto a las costas de primera instancia al tenor de lo consagrado en el artículo 365 del C.G.P, considera la Sala que debe ser condenado en primera instancia solo a PORVENIR S.A quien fue el fondo que debió cumplir el su momento con el deber de información al momento del traslado inicial y no las AFP PROTECCION S.A ni COLFONDOS S.A.

Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A, Colfondos S.A y Porvenir S.A en la suma de \$650.000 por haber prosperado parcialmente los recursos de apelación interpuestos.

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 LUIS EDUARDO BERNAL RAMIREZ al Régimen de Ahorro Individual, a la AFP PORVENIR S.A, PROTECCION S.A, Y COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: ORDENAR que:

- La sociedad PORVENIR 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 en caso de que se hubieren descontado 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 LUIS EDUARDO BERNAL RAMIREZ 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 PORVENIR S.A. deberá trasladar el porcentaje de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.
- Las sociedades PROTECCION S.A y COLFONDOS S.A deberán devolver a Colpensiones **los gastos de administración** constituidos por *“cuotas de administración, la prima de reaseguros de Fogafín en caso de que se hubieren descontado y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”* debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado con cada uno de dichos fondos.

-

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 PORVENIR 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 a cargo de Protección S.A, Colfondos S.A y Porvenir S.A en la suma de \$650.000 por haber prosperado parcialmente los recursos de apelación interpuestos.

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

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO



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	: LUIS EDUARDO BERNAL RAMIREZ
DEMANDADOS	: COLPENSIONES, PROTECCION S.A, PORVENIR S.A COLFONDOS S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-003-2021-00212-01
RADICADO INTERNO	: 019-24
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/162> 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 14 de marzo de 2024 a las
8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 14 de marzo de 2024 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO