

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO - 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. / **CÁLCULO ACTUARIAL** - 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. / **PRINCIPIO DE LA CONGRUENCIA** - La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. /

HECHOS: La parte demandante solicita se declare la ineficacia del traslado y afiliación del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, que se ordene el retorno del demandante al RPMPD administrado por Colpensiones, que se ordene a protección S.A. trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan la cuenta de ahorro individual del afiliado y demandante. En primera instancia se declaró que las AFP Protección S.A no demostró el cumplimiento de su obligación de diligencia debido y buen consejo; se declaró que la demandante sigue inmersa en el Régimen de Prima Media, pero a cargo de la AFP Protección S.A.; y se ordenó a Protección S.A. solicite a Colpensiones, elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a la subrogación pensional del demandante, a su vez, esta lo pague a Colpensiones y que hasta tanto no pague continúa obligada a pagar la pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media al demandante. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si hay lugar a revocar la ineficacia del traslado y si se debe absolver a Colpensiones de las órdenes impartidas.

TESIS: (...) 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 extra y ultra petita, ... Siendo, así las cosas, cuando la sentencia de primera instancia declara..., a sabiendas que se tratan de pretensiones que no fueron solicitadas en la demanda y frente a las cuales la accionada Protección 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. (...) 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 pensional, se tenía que probar la culpa, el daño que ocasiona un real perjuicio y el nexo de causalidad del traslado, lo que no se demostró; 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 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,... 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. (...) La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada Protección S.A, a pesar de traer la prueba documental completa,... ninguna demuestra eficacia en relación a la actividad de asesoramiento e información que debían darle al accionante, pues el demandante fue claro en la demanda y en el interrogatorio que no se le dio ninguna, pues la decisión de trasladarse de Colpensiones, fue porque en la contraloría de Arauca le entregaron el formato y él lo firmó para poder trabajar allí. (...) Ahora bien, en aplicación de la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en calidad de órgano de cierre de la justicia ordinaria laboral, considera la Sala que deberá revocada y en su lugar se declare la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual. (...) Para concluir, en sentencia reciente SL 3051 del 7 de julio de 2021, se engloba la obligación que tienen las entidades del Régimen de Ahorro Individual de trasladar los conceptos referidos anteriormente, 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 (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. (...) En consecuencia, con la orden dada en esta providencia, se le ordenará a Colpensiones a recibir los dineros y, por ende, realice la reactivación al Régimen de Prima Media, reflejándose en la historia laboral los aportes recibidos de la demandante sin solución de continuidad. (...) 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. (...) En consecuencia, con lo anterior, se revocará la orden dada a Colpensiones (...)

M.P: HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

FECHA: 07/05/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, siete (07) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTES	: ERNESTO LÓPEZ SANTOS
DEMANDADOS	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-003-2022-00165-01
RADICADO INTERNO	: 088-24
DECISIÓN	: REVOCA, DECLARA Y ORDENA
ACTA NÚMERO	: 102

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

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

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia del traslado y afiliación del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. Que se ordene el retorno del señor López Santos al RPMPD administrado por Colpensiones. Que se ordene a protección S.A. a trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan la cuenta de ahorro individual del afiliado y demandante, Se condene en costas procesales

Fundamenta sus pretensiones en que Ernesto López Santos nació el 22 de febrero de 1961, tiene 1498 semanas de cotización, según historia laboral de PROTECCIÓN SA, que aún se encuentra cotizando. Que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con 33 años de edad y 285 semanas de cotización. Que en 1994 laboraba para la Contraloría Municipal de Arauca y en su momento le solicitaron afiliarse a PROTECCION S.A., gestionando el

formulario Talento humano de la contraloría municipal y el la firmó. Que la AFP PROTECCIÓN S.A. nunca informó cómo se calculaba la pensión en el RAIS, que los 52 años de edad, la administradora de pensiones nunca mostró una proyección de su pensión para que él pudiera tomar una decisión consciente y objetiva. Que el 14 de marzo 2021 solicitó a Colpensiones del traslado de régimen pensional siendo negado el mismo.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A. en la contestación de la demanda señala que es cierto la fecha de nacimiento, la densidad de semanas cotizadas al igual que las de régimen de prima media, la labor en la contraloría y la reclamación realizada a la entidad. No le consta sí estuvo en el régimen de prima media. Que no es cierto que no se le haya dado la información y una asesoría integral sobre las implicaciones de su decisión, que no se omitió ninguna información y que la demandante no hizo uso de la posibilidad de trasladarse al régimen pensional cuando había permanecido en él durante más de 23 años, ni utilizó el derecho de retracto y tampoco optó por regresar al régimen de prima media en el periodo o año de gracia otorgado por el artículo 1° del decreto 387 de 2003 por tanto no es de recibo que después de 23 años pretenda invalidar o hacer ineficaz un acto jurídico plenamente realizado por voluntad.

Se opone a todas y cada una de las pretensiones principales y como excepciones de mérito propuso: la inexistencia de 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 declara la nulidad o ineficacia e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declare la nulidad y o ineficacia

En la contestación a la demanda, Colpensiones, señala que es cierta la fecha de nacimiento del demandante, acepta que tiene 1498 semanas cotizadas al sistema de pensiones y que inició a cotizar el 2 de mayo de 1979. Igualmente, que la ley 100 de 1993 crea la AFP y es cierta la historia laboral de Colpensiones así mismo la reclamación administrativa realizada ante ellos. Que es cierto que el demandante se encontraba afiliado al ISS desde el año 1979 hasta el año 1988 y que, en el año 2012, el señor López Santos era el

último año de plazo para realizar un traslado y no lo hizo. No le consta lo relativo a la empresa PROTECCIÓN S.A. porque es un tercero ajeno.

Se opone a todas y cada una de las pretensiones y propone como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación de traslado entre regímenes pensionales, imposibilidad de aplicar precedentes judicial, la inversión de la carga de la prueba, falta de legitimación en la causa por pasiva, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP protección S.A. ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones del régimen de prima media, devolución de aportes debidamente indexados, ni de cuotas de administración inexistencia al pago de intereses moratorios, prescripción, buena fe de Colpensiones, compensación y posibilidad de condena en costas.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

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

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

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

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

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

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

Fundamenta su decisión en que la AFP Protección S.A. no cumplió con la normatividad jurídica existente, causando menoscabo a la pensión del afiliado, dada la irrenunciabilidad a la seguridad social y porque el daño causado por ella se debe resarcir con el pago de perjuicios equivalente al reconocimiento y pago de la pensión.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. solicita la revocatoria de la sentencia porque la Corte Suprema de Justicia ha determinado que la consecuencia de la ineficacia del traslado es que las cosas vuelvan al estado en que se encontraba antes del traslado, lo que implicaría que la demandante conservó válidamente su afiliación al Régimen de Prima Media y el fondo de pensiones debe proceder con la devolución de los aportes a Colpensiones, por lo tanto, ordenar a las AFP al reconocimiento de una pensión de vejez bajo los parámetros del Régimen de Prima Media y la posterior subrogación de la misma por parte de Colpensiones, no es un efecto propio de la ineficacia ni

del precedente. Aunado a ello, en la demanda no se pretende que la AFP pague la pensión de vejez a título de responsabilidad profesional o de perjuicios, con lo que se vulnera el principio de congruencia y la decisión carece de sustento normativo; imponer dicha carga a las AFP es excesivo, ilegal porque se desconoce la naturaleza del RAIS establecido en la Ley 100 de 1993 y sus reformas e inconstitucional porque las normas del RAIS fueron declaradas constitucionales, ir en contra de ello vulneraría el principio de sostenibilidad financiera porque en el RAIS la pensión se liquida de forma diferente al RPM.

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

En cuanto a la indemnización de perjuicio puede verse afectada por la prescripción extintiva y el juez de primera instancia omitió revisarla. Por lo anterior en el evento de encontrar fundada la interpretación del juez, la acción de reparación de perjuicios se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción y además se debe determinar si la conducta culposa en esta situación se produjo desde la afiliación, pues estaría prescrita, porque la inversión de la carga de la prueba no existe sino para la eficacia y no para los perjuicios indemnizatorios.

En cuanto al supuesto detrimento para las arcas de Colpensiones más que proteger al demandante reconociéndole el derecho de indemnización de perjuicios, va dirigida a reconocer perjuicios en favor de la Colpensiones yendo más allá de las facultades extra y ultra petita.

En conclusión, señala que de salir avante la condena tenga en cuenta el precedente de la Corte Suprema de Justicia que establece que es el tema de la ineficacia de la afiliación y que no se condene a la Protección, al seguro provisional pues ya se cumplió con el objeto de las pólizas y no fue vinculada la compañía de seguros, existiendo un enriquecimiento sin justa causa y en cuanto a la cuota de administración hubo buenos rendimientos del demandante por el servicio prestado.

Finalmente, el apoderado de la demandante interpone recurso parcial de apelación en la medida que el juez se apartó de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia porque no ha dado protección frente al pago de la pensión establecido para las pensiones del sistema de prima media y por el cálculo realizado en la sentencia, podría irse hasta la Corte Suprema de Justicia alargándose de manera inocua esta situación. Por lo anterior solita se aplique dicha doctrina probable

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte demandante allega escrito reiterando los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación interpuesto.

Colpensiones solicita que se garantice la estabilidad financiera del régimen de Prima Media que administra la entidad que represento bajo los postulados de la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-1024 del 2004 cuyo contenido reprodujo en lo pertinente en la sentencia C-062 del año 2010

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en virtud de **los recursos de apelación**: i) Si hay lugar a revocar la ineficacia del traslado por inaplicación constitucional, los perjuicios reconocidos en primera instancia y la pensión de vejez a cargo de PORVENIR S.A.; ii) Si hay lugar a revocar la orden dada a Colpensiones de elaborar el cálculo actuarial con miras a la subrogación pensional y el pago de la pensión de vejez, una vez reciba el cálculo actuarial por PORVENIR S.A. por ser una decisión que no es congruente con la demanda; iii) Si se debe absolver a Colpensiones de las órdenes impartidas, porque la demandante no estuvo afiliada a la misma sino a CAJANAL.

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

administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes debidamente indexados, por el tiempo que la demandante realizó aportes en cada uno de ellos.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado con la prueba documental en el plenario que el demandante no es beneficiario del régimen de transición por edad, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no tenía 40 años de edad al haber nacido el 22 de febrero de 1961; el demandante tiene cotizaciones al Régimen de Prima Media de 285.29 según lo advierte la historia laboral de Colpensiones (PDF 05 fl 1 al 5). En la historia laboral de PROTECCIÓN obran 1239.14 semanas para un total de 1524.43, aunadas las semanas anteriores de Colpensiones (PDF 10 folio 82 a 110); Obra igualmente la reclamación administrativa ante Colpensiones buscando que el señor López Santo regrese al régimen de prima media con prestación definida (PDF 03 folio 23 a 27) y su contestación negando el regreso al régimen de prima media (folio 30 a 32). Igualmente existe prueba del derecho de petición y solicitud documental del demandante a Protección S.A. (PDF 03 folio 33 a 34) y la respuesta de protección del 31 de marzo 2022 (PDF 03 folio 35 a 40)

Se realizaron de oficio, los interrogatorios de la parte demandante y la parte demandada en los cuales se señaló lo siguiente:

En el interrogatorio del demandante Ernesto López Santos manifiesta que está afiliado a Protección S.A. desde hace más de 20 años que cuando él entró a laborar a la contraloría de Arauca le hicieron firmar un formulario de Davivir S.A. (Hoy Protección) por parte de la empresa. Anteriormente estaba afiliado al seguro social. Que, dado que varios compañeros de trabajo encontraron que la experiencia con los fondos era desfavorable, él decide demandar por el engaño que le hicieron, por último, refiere que tiene más de 1300 semanas cotizadas.

La representante legal de Protección S.A. María Camila Muñoz Restrepo señala que, de acuerdo a la historia laboral al momento tiene el Sr. López Santos 1597.29 semanas, que la última cotización es con la corporación Universitaria Remington y con la Contraloría general de la república en el periodo de enero de 2024. Que no existe una asesoría previa de los 10 años del demandante. Señala además que todos los asesores comerciales se les brinda capacitación muy completa en donde aparecen toda la información necesaria, las diferencias de los dos regímenes, diferentes opciones de

pensión que existen, etc y en que en la contestación de la demanda se encuentra completa la prueba documental.

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 extra y ultra petita, pues de la demanda inicial, según las pretensiones contenidas en la misma iba dirigida estrictamente a que se declarara la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen pensional y que la parte demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad y en consecuencia se le ordenara a las sociedades PROTECCIÓN S.A., a trasladar a Colpensiones los aportes de la cuenta de ahorro individual y rendimientos.

Siendo así las cosas, cuando la sentencia de primera instancia declara la inaplicación constitucional en el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual de la parte accionante, por la causación de un grave perjuicio económico a la misma, y le ordenó a la sociedad PROTECCIÓN S.A. liquidar y pagar la pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media, una vez solicitara a Colpensiones, la elaboración de cálculo actuarial pensional ordenándole 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 la accionada PROTECCIÓN 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 pensional, se tenía que probar la culpa, el daño que ocasiona un real perjuicio y el nexo de causalidad del traslado, lo que no se demostró; 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 desaguado centrar el análisis en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, **puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado** efectuado a la AFP Porvenir SA en el año 2000, con lo cual, se desdibujó por parte del Colegiado de instancia el pedimento efectuado desde el escrito inaugural (CSJ SL1475-2021).” (Resalto de la Sala).*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada **PROTECCIÓN S.A.**, a pesar de traer la prueba documental completa, al tenor de lo dicho por la representante legal de la accionada en el interrogatorio de parte, ninguna demuestra eficacia en relación a la actividad de asesoramiento e información que debían darle al accionante, pues el demandante fue claro en la demanda y en el interrogatorio que no se le dio ninguna, pues la decisión de trasladarse de Colpensiones, fue porque en la contraloría de Arauca le entregaron el formato y el lo firmó para poder trabajar allí. Por lo anterior se demuestra que se le dio información y por ende no se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se violenta el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

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

de pensiones, relación histórica de movimientos, respuesta a solicitud elevada por la demandante comunicados de prensa (PDF 05) con el que **tampoco se logra demostrar que le dieron información completa y suficiente.**

En virtud de lo analizado en el plenario, se hace necesario precisar, que el demandante estuvo afiliado al Régimen de Prima Media por medio de ISS, desde el mes de octubre de 1982 según se extrae del historial laboral de Colpensiones (PDF 10).

Ahora bien, en aplicación de la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en calidad de órgano de cierre de la justicia ordinaria laboral, considera la Sala que deberá REVOCADA y en su lugar se DECLARAR la ineficacia de la afiliación del Sr. ERNESTO LOPEZ SANTOS al Régimen de Ahorro Individual.

Como consecuencia de la anterior declaración, a sabiendas que la afiliación a Protección S.A queda sin efecto y todo debe retrotraerse al estado al que se encontraba, según lo advertido en la copiosa jurisprudencia transcrita, 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 PROTECCIÓN S.A. traslade los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos generados; así mismo, deberá trasladar **los gastos de administración** constituidos como anteriormente se explicó por "*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*" debidamente indexados y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo que el demandante estuvo afiliada a dicho fondo.
- La accionada PROTECCIÓN S.A traslade **los gastos de administración** constituidos por "*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*" debidamente indexados, por el tiempo que el demandante realizó aportes en el fondo.

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

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).”

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)*

Además de lo anterior es relevante recordar que tal orden de trasladar las sumas indexadas se justifica en la necesidad de que los recursos devueltos sean actualizados sin que pierdan su capacidad adquisitiva por cuanto tienen como objeto la financiación de un prestación pensional en el régimen de prima media (Sentencias SL3465-2022, SL2229-2022 y SL3188-2022), debido a que la indexación no implica el incremento del valor de los conceptos a devolver, toda vez que su propósito se dirige únicamente a evitar la pérdida

del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción de los dineros con los que se financiará la pensión por el transcurso del tiempo. Tal reevaluación monetaria no va en contravía de la devolución los conceptos ordenados, por cuando, como ya se dijo, estos se sustentan en lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008.

Y la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, deberán devolverse en caso de que se hayan descontado **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)”*

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 RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

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

En contexto de lo anterior se tiene que el artículo 2.2.2.4.7 de decreto 1833 de 2016, (artículo 07 del decreto 3995 de 2008), refirió expresamente acerca del traslado de los recursos lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.2.4.7. Traslado de recursos. El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los previstos en este capítulo, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo 2.2.2.4.8. de este Decreto.

Cuando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado.

Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

Tratándose del régimen de prima media con prestación definida (RPM), la devolución se efectuará por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado, actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, hoy

Colpensiones, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera de Colombia para los períodos respectivos”.

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 Media. Aunado a ello, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 de 2020 se pronunció al respecto, señalando:

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

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

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

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

Al respecto, la Sala es de la posición, que no obra en la ley y los decretos reglamentarios, sustento jurídico con el cual la AFP pueda realizar el pago

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

Aunado a lo anterior, el Decreto 1887 de 1994 cuyo artículo 1º que trata del CAMPO DE APLICACIÓN establece la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que deberán trasladar al Instituto de Seguros Sociales las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus trabajadores que seleccionen el RPM...”; así mismo el inciso 6 del art. 17 del Decreto 3798 de 2003 señala:

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

Ahora, frente a la obligación de aceptar la subrogación como si fuera una conmutación pensional a partir de un cálculo actuarial por parte de 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: 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 a Colpensiones, para que dentro de los dos meses siguientes a la fecha que solicite por escrito Protección S.A., elabore dicho cálculo actuarial y en ese mismo lapso, lo presente por escrito a Protección S.A.; a su vez, esta lo pague dentro del mes siguiente a Colpensiones y que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional que se le ordena a Colpensiones, continúa obligada a pagar la pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media a la demandante. Colpensiones subrogará a Protección S.A. en tal obligación desde el momento en que reciba el pago real y efectivo del cálculo actuarial pensional.

Costas en esta instancia en la suma de \$750.000 a cargo de PROTECCIÓN S.A, por prosperar parcialmente el recurso de apelación presentado.

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 Sr. ERNESTO LÓPEZ SANTOS al Régimen de ahorro Individual con solidaridad.

SEGUNDO: ORDENAR a la sociedad PROTECCIÓN S.A. traslade a Colpensiones, los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos generados; así mismo, deberá trasladar **los gastos de administración** constituidos como anteriormente se explicó por “*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*” debidamente indexados y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo que Sr. ERNESTO LÓPEZ SANTOS estuvo afiliado en dicho fondo.

TERCERO: ORDENARLE a las accionadas COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A trasladen **los gastos de administración** constituidos por “*gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín en caso de que se hayan descontado y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*” debidamente indexados, por el tiempo que el Sr. ERNESTO LÓPEZ SANTOS estuvo afiliado en dicho fondo.

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

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

QUINTO: Costas en esta instancia en la suma de \$750.000 a cargo de PROTECCIÓN S.A, por prosperar parcialmente el recurso de apelación.

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-003-2022-00165-01
Radicado Interno 088-24

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

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-003-2022-00165-01
Radicado Interno 088-24



SECRETARÍA SALA LABORAL
EDICTO VIRTUAL

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

DEMANDANTES	: ERNESTO LÓPEZ SANTOS
DEMANDADOS	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-003-2022-00165-01
RADICADO INTERNO	: 088-24
DECISIÓN	: REVOCA, DECLARA Y ORDENA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/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 08 de mayo de 2024 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 08 de mayo de 2024 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO