

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTES	: JUAN DIEGO VELÁSQUEZ PENAGOS
DEMANDADOS	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-003-2021-00273-01
RADICADO INTERNO	: 190-22
DECISIÓN	: REVOCA, DECLARA, ORDENA Y CONDENA
ACTA NÚMERO	: 224

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 que la sociedad PROTECCIÓN S.A. incumplió sus deberes de información y asesoramiento veraz, completo, comprensible, adecuado y oportuno, previo al traslado del demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual; que PROTECCIÓN S.A. no obtuvo el consentimiento informado, previo al traslado de régimen pensional; se declare la ineficacia del traslado del régimen pensional del demandante; que el demandante se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad.

Se le ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar a Colpensiones los dineros que tiene la demandante en su cuenta de ahorro individual, el cual debe comprender los rendimientos y rentabilidad; valor del bono pensional; valor descontado por comisión de administración, los aportes realizados a las aseguradoras previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

Se le ORDENE a Colpensiones a aceptar el regreso automático del demandante al Régimen de Prima Media; reciba y valide los aportes que le sean trasladados por PROTECCIÓN S.A.. En caso que la suma de dinero que deba trasladar a Colpensiones no sea satisfactoria con el dinero de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, solicita que la diferencia sea pagada por PROTECCIÓN S.A.. Y se condene a las demandadas en costas procesales.

Fundamenta sus pretensiones en que, nació el 30 de noviembre de 1958; suscribió formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. el 3 de marzo de 2000, el cual se hizo efectivo el 1º de mayo de la misma anualidad; el traslado del demandante estuvo motivado por las recomendaciones del asesor de PROTECCIÓN S.A., el cual le informó que el ISS iba a ser liquidado, que se podría pensionar más joven y con mejor pensión en PROTECCIÓN S.A. pero no le brindo información completa, adecuada, oportuna y veraz; aseguró que la sociedad PROTECCIÓN S.A. no obtuvo consentimiento informado del demandante, previo al traslado de régimen pensional y en caso de haber obtenido una información completa, nunca se hubiera trasladado; el 29 de abril de 2021 solicitó el traslado a Colpensiones, la cual fue negada por encontrarse a 10 años o menos de pensionarse.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A. en contestación a la demanda manifestó que es cierto el traslado de régimen pensional a PROTECCIÓN S.A.; ña solicitud elevada a PROTECCIÓN S.A. el 15 de abril de 2021, la respuesta dada por la entidad; y la fecha de nacimiento del demandante. No le consta la motivación que pudo tener el demandante al momento de trasladarse de régimen; ni la solicitud de traslado elevada a Colpensiones. La afirmación, que en caso de haber recibido información completa no se hubiera trasladado, considera que no es un hecho sino una suposición. Frente a los demás hechos dice que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones de la demanda (expediente digital 16).

En la contestación a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda. Y frente a los hechos indicó que es cierto la solicitud de traslado elevada a Colpensiones y la fecha de nacimiento del demandante. Y que no le constan los hechos restantes (expediente digital 18).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 11 de julio de 2022, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ que la AFP PROTECCIÓN S.A, faltó a su obligación de diligencia debida de buen consejo, al no dar al demandante, toda la información clara, veraz y oportuna al momento del trasladarse de Régimen de Prima Media al de Régimen de Ahorro Individual, y a lo largo de toda la afiliación; declaró que la AFP PROTECCIÓN S.A., ocasionó grave, perjuicio o menoscabo a la seguridad social en pensiones del demandante; declaró la responsabilidad constitucional y profesional de la demandada PROTECCIÓN S.A., en el menoscabo a la seguridad social en pensiones del demandante. Declaró la ineficacia por inaplicación constitucional de pérdida del Régimen de Prima Media acaecido al demandante, cuando se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual y en su lugar declaró que el demandante sigue inmerso en el Régimen de Prima Media, pero a cargo de PROTECCIÓN S.A.

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

Le ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A. que reconozca, liquide y pague pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media al demandante desde que este lo solicite por escrito, con retroactividad al momento en que pruebe el retiro del sistema pensional, porque tiene 1.300 semana cotizadas y más de 62 años de edad. Le ordenó a PROTECCIÓN S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha que reconozca, liquide y pague la pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media al demandante, esta entidad- PROTECCIÓN S.A.-, debe solicitarle a Colpensiones, elaboración del cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional.

Así mismo, a pesar de ser absuelta de todas las pretensiones, le ORDENÓ a Colpensiones elaborar dicho cálculo actuarial pensional, y entre los dos meses siguientes a la fecha que lo soliciten por escrito PROTECCIÓN S.A., elaborarlo y presentarlo a dicha entidad. A su vez, PROTECCIÓN S.A. dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba por escrito, el valor del cálculo actuarial pensional de manos de Colpensiones, procederá al pago real y efectivo de éste.

Le ordenó a PROTECCIÓN S.A. que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a Colpensiones, está obligada a

continuará pagando la pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media al demandante. Colpensiones subrogará en tal obligación, a PROTECCIÓN S.A. desde el momento y hora que reciba el pago real y efectivo del cálculo actuarial pensional.

AUTORIZÓ a PROTECCIÓN S.A., a enjugar parte del valor del cálculo actuarial pensional que acá se le ordenó pagar a Colpensiones, tomando para sí los ahorros pensionales del demandante, los rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorros de éste. Declaró la excepción de INTRANSMISIBILIDAD DE RESPONSABILIDAD DE LA AFP HACIA COLPENSIONES. Condenó en costas procesales a cargo de PROTECCIÓN S.A.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de Protección S.A. se aparta de los argumentos dados por el Despacho y solicita la revocatoria de la sentencia, **en primer lugar**, por si bien, se analizó la constitucionalidad y el desarrollo de los principios que se deben aplicar en materia pensional, en este caso, frente al sistema general de pensiones está desconociendo la dualidad de regímenes pensionales, siendo ello lo que no permite que la conclusión sea que PROTECCIÓN S.A. asuma el pago de una prestación económica dentro de la forma como se liquida en el Régimen de Prima Media, ante la existencia de dos regímenes que son coexistentes y son excluyentes, cada uno tiene regulación diferente y ello hace que dentro del Régimen de Ahorro Individual los requisitos para reconocer una pensión de vejez deben analizarse bajo los presupuestos del art. 64 de la Ley 100 de 1993 en relación al capital del afiliado, y en el caso del demandante no se realiza de esa forma.

Así mismo señala, que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia ha analizado el deber legal de información y las consecuencias cuando no existe dicha información, y es que en este caso, las cosas deben volver al estado en que se encontraban conforme el art. 271 de la Ley 100 de 1993, ante el menoscabo del derecho de libertad de selección del régimen pensional y exista una demostración de ello, la sanción que se debe asumir, es que el afiliado puede elegir libremente el régimen al que quiere pertenecer, no obstante, en este evento se hace una conjugación de los regímenes pensionales la cual no está desarrollada por vía jurisprudencial.

Igualmente solicita se revoca la decisión, con base en los argumentos planteados en los alegatos y la contestación de la demanda, y teniendo en cuenta que PROTECCIÓN S.A. cumplió el deber legal de información y para el momento del traslado era imposible prever que existiría una diferencia de la mesada pensional y anunciarla al afiliado.

En caso que en segunda instancia se declare la ineficacia, solicita se tenga en cuenta cuáles son las consecuencias que jurisprudencialmente deben operar en este caso.

La apoderada de Colpensiones en su recurso de apelación señala, que pese a que en la parte resolutive se determina que la decisión es absolutoria para la entidad que representa, respecto a las órdenes impartidas de elaborar el cálculo actuarial y el pago de la pensión de vejez una vez reciba el cálculo actuarial por PROTECCIÓN S.A., considera que tal y como se ha analizado en otros casos similares, dichas ordenes no son de recibo porque la subrogación pensional no se genera por la declaración de la ineficacia.

En segundo lugar, manifiesta que en caso de ser confirmada la sentencia, en relación al reconocimiento de la pensión de vejez que se reconoce como efecto de la subrogación pensional, no comparte la orden en la forma como se emitió la decisión, porque en las pretensiones y hecho de la demanda no fue solicitada por la parte demandante, y si bien, se dice que el demandante cuenta con los requisitos de edad y semanas, conforme lo señala el art. 280 y siguientes del CGP, el A Quo se debió abstener de pronunciarse ya que en la etapa de saneamiento se le indicó al Juez, las razones por las cuales no se podría tener en cuenta por tratarse de hechos nuevos, el Juez señaló que los mismos no iban ser tenidos en cuenta, pese a ello en la fijación del litigio se dijo que se iba a pronunciar frente al reconocimiento de la pensión y en la sentencia se refleja el reconocimiento de una pensión de vejez a cargo de PROTECCIÓN S.A. que en el futuro se subroga en Colpensiones.

En tercer lugar, expresa que no se comparte la declaratoria de ineficacia por inaplicación constitucional, ya que se estaría desconociendo y no se revisó el alcance de la asesoría que se le brinda al momento de la afiliación y a lo largo de la misma; asegura que en la sentencia SL 1452 de 2019 se hizo referencia a las reglas en materia de la ineficacia del traslado respecto del grado de la intensidad del deber de la asesoría y señalando que ello se determina con base en el deber según la vigencia de las normas; que en el caso particular,

se determinó que era el fondo privado era quien debía acreditar la información brindada al afiliado al momento del traslado y durante todo el tiempo de la afiliación, sin que se le esté dando la importancia que la accionada PROTECCIÓN S.A. aportó documento donde consta la reasesoría al demandante, y el demandante decidió aplazar la decisión, ni se tuvo en cuenta en la sentencia para declarar la ineficacia por inaplicación constitucional, que no se le había brindado la información oportuna, ello teniendo en cuenta que conforme a la carga dinámica de la prueba no se podía aplicar en forma genérica sino analizando el caso particular y en este caso, el demandante tiene formación profesional, demostró desinterés conforme el art. 4º del Decreto 2241 de 2010, existió una proyección pensional donde se le informó que era más favorable el traslado al Régimen de Prima Media e hizo caso omiso, y ahora pretende el traslado pese a haber sido una situación conocida, y se le impuso la carga al fondo privado, cuando era obligación del demandante probar el esfuerzo de asesorarse.

Con base en lo anterior, considera que no se puede declarar la ineficacia por inaplicación constitucional, al no ser claro cuáles son los perjuicios económicos.

Con base en lo anterior, solicita se revoque la sentencia y se conserve y quede en firme el numeral 5º de la sentencia, en el sentido de absolver a Colpensiones, sin que se acceda a las pretensiones de la parte demandante, bajo el entendido que existió una reasesoría brindada al afiliado, la cual tiene sustento en la ley y no se le puede restar valor en estos procesos.

Finalmente, en caso de ser confirmada la sentencia o de ser revocada y dar aplicación a los precedentes jurisprudenciales, y en caso que se accediera al reconocimiento de la pensión de vejez a sabiendas que no agotó reclamación administrativa, no sea condenada en costas en esta instancia, porque tratarse de un tercero ajeno.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de Colpensiones solicita la revocatoria de la sentencia y su representada sea absuelta de forma integral, reiterando lo dicho en el recurso de apelación, ello es, que Colpensiones es un tercero absoluto pues la ineficacia o nulidad resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como en este caso Colpensiones; que no fue analizada la reasesoría brindada por

la AFP, en la que se le advirtió que no le convenía quedarse en el RAIS y pese a ello decidió permanecer.

Considera que no se puede subestimarse la información suministrada por las AFP al momento del traslado y durante el tiempo que duró afiliada al RAIS, así como tampoco el alcance de la asesoría brindada en el año 2000. Sustenta sus alegatos en la sentencia SL 1452 de 2019, porque en ella se estableció las reglas de la ineficacia del traslado, el grado de intensidad del deber de asesoría, debiendo evaluarse el cumplimiento de este deber, con base en la vigencia de las normas, sin que válido imponer obligaciones y soportes que no eran previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de Régimen.

Respecto al perjuicio económico causado, para la fecha del traslado al RAIS, la parte demandante un derecho consolidado o una expectativa legítima pensional; no era posible determinar la certidumbre de las consecuencias de afiliarse al RAIS, lo que hace que la carga de la prueba no estuviera en cabeza de las AFP; adicionalmente, considera que el silencio de la parte demandante debe entenderse una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado y existen elementos notorios, que exponían la intención de la parte demandante de permanecer en el RAIS, tal y como es, permanecer más de 20 años afiliado al mismo régimen pensional, conforme se indica en la sentencia SL 413 de 2018; y la postura asumida por la parte demandante después de tanto tiempo no puede generar que ahora el desconocimiento de la ley en favor propio.

En segundo lugar, frente a las consecuencias jurídicas de la declaración de ineficacia o nulidad de la afiliación, manifiesta que si dentro del proceso se busca probar que la AFP faltó al deber de información ocasionando daños, no está probada la falta al deber de información cuando se le dio la reasesoría, por lo que no se puede declarar la ineficacia en favor de la parte demandante y por lo tanto, no tiene efectos las órdenes dadas a Colpensiones de asumir las condenas de la AFP como efecto de la subrogación pensional. Si se parte del análisis realizado en primera instancia, resultaría demostrado que no es posible acceder a las pretensiones por aplicación constitucional de la ineficacia, al resultar violentados los principios de sostenibilidad financiera del art. 48 y 334 en concordancia con los arts. 2 y 4 de la CN. Además, se unificó la jurisprudencia en la sentencia SU 130 de 2013 en la que “únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” y conservar los beneficios del

régimen de transición”, sin que la parte demandante cumpla con los requisitos. Aunado a lo anterior, sostiene que declarar la ineficacia del traslado, pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social, tal y como se reconoció en la sentencia T 489 de 2010.

Señala que si la declaratoria de ineficacia no puede declararse en todos los casos, por la prohibición expresa de la norma, que deviene en un perjuicio económico para el Régimen de Prima Media y no debe aplicarse una norma de inferior categoría a la Constitución Política, se considera que la misma Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia están desconociendo sus propios precedentes jurisprudenciales, al dar aplicación a precedentes jurisprudenciales que resultan vulnerar principios constitucionales.

Y frente a la condena impuesta, de reconocer y pagar pensión de vejez a la parte demandante, exceden el objeto del litigio, porque dentro de los hechos y pretensiones de la demanda no fue solicitada, no se agotó la reclamación administrativa, y ante la vulneración al derecho al debido proceso, defensa y contradicción, el A Quo se debió abstener pronunciarse en ese sentido y debió limitarse a resolver las pretensiones de la demanda.

Finalmente, solicita que no se imponga condena en costas, pues no resulta justo que deba asumir perjuicios económicos dentro de un pleito cuyos hechos derivan de la obligación y el deber de la AFP privada.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia manifestando frente a los numerales 1 a 5 de la parte resolutive de la sentencia que acertadamente el juez manifestó en la parte motiva de la sentencia que desde la vigencia de la ley 100 de 1993 y el decreto 663 de 1993 las administradoras de fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad han tenido el deber de proporcionar información oportuna, completa y comprensible a sus afiliados dando a conocer las ventajas y desventajas de dicho régimen pensional. Que el juez manifestó en el proceso qué protección no cumplió con su deber de información y en consecuencia declaró ineficaz dicho acto, precisando que el demandante se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y señaló las consecuencias lógicas de esta declaración respecto a las sumas que se deben devolver, que además resolvió acertadamente el tema de la re asesoría con base en las disertaciones que ha realizado la corte suprema de justicia y por ello manifestó que la re asesoría

no sana o con válida el incumplimiento del deber de información. Así mismo hace alusión a los argumentos esgrimidos por las apoderadas de las entidades demandadas precisando que como lo manifestó el juez, el principio jurídico de la responsabilidad es la obligación jurídica que tiene toda persona de responder por sus actos conductas omisiones y procedimientos y por ello el menoscabo a derechos que se genere con dichos actos y que por lo tanto, cuando las AFP incumplan con este deber de información debe aplicarse la sanción consagrada en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 y que en consecuencia la filiación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador, y el operador jurídico estaría obligado como lo consagra el artículo 272 de la ley 100 de 1993 a no aplicar el acto jurídico cuándo menoscabe derechos sociales de los trabajadores, y que esto fue lo que decidió el juez al no aplicar el traslado de régimen pensional por cuanto el incumplimiento del deber de información para el demandante pero bajo la responsabilidad de la PROTECCION S.A, quién debió cumplir con los mandatos jurídicos. Frente a los numerales 7 a 9 de la parte resolutive de la sentencia indicó que con el archivo a 24 el expediente digital denominado hecho sobreviviente está probado que se informó el cumplimiento de los requisitos para la causación y disfrute de la pensión de vejez en favor del demandante, y quedó probado que se informó al juez este hecho antes de que se dictará sentencia, indica además que para el juez con los documentos consignados en este archivo quedó probado que a partir del mes de abril de mil nove 2022 tenía 63 años de edad y 1300 semanas cotizadas y estar desafiliado al sistema pensional y que en consecuencia se debe pagar dicha prestación desde aquella época.

Qué el artículo 281 del código general del proceso obliga a los jueces a tener en cuenta cualquier hecho sobreviniente alegado y probado antes de dictar sentencia y que por ello no tiene sustento la petición de la apoderada de Colpensiones de solicitar que no se reconozca dicha prestación por no haberse solicitado en el escrito de la demanda. Que la decisión de Protección de que pague la pensión de vejez bajo los parámetros del régimen de prima media se basa en la idea de que se puede aplicar simultáneamente ambos regímenes pensionales y que dicha aplicación se ha permitido por parte de la corte suprema de justicia en los procesos donde se ordena el pago de la indemnización de perjuicios a los pensionados del RAIS que no pudieron trasladarse al régimen de prima media.

Que ordenar a Protección S.A a pagar una pensión de vejez bajo los parámetros del régimen de prima media tiene solución en la subrogación pensional que se traduce en qué protecciones de que se pague real y

efectivamente un cálculo actuarial en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998 y normas concordantes en los cuales se contempla la posibilidad de que Colpensiones pueda realizar cálculos actuariales y de esta manera evitar un daño patrimonial. Qué el perjuicio o daño generado al demandante cómo puede apreciarse con la respuesta dada por Protección en dónde se puede visualizar la diferencia en el valor de la mesada pensional en ambos regímenes y que por lo tanto es claro que Protección S.A. incumplió con su deber de información al momento del traslado del régimen pensional y por ende las declaraciones de ineficacia de este acto y de afiliación del demandante si son sin solución de continuidad en el régimen de prima media se ajustan a derecho y no deben de ser revocadas.

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 PROTECCIÓN S.A.; ii) Si hay lugar a revocar la orden dada a Colpensiones de elaborar el cálculo actuarial y el pago de la pensión de vejez, una vez reciba el cálculo actuarial por PROTECCIÓN S.A. por ser una decisión que no es congruente con la demanda; iii) Si hay lugar a revocar la orden dada a Colpensiones de elaborar el cálculo actuarial con miras a subrogación pensional; iv) Si hay lugar a no condenar en costas a Colpensiones en esta instancia.

En el **grado jurisdiccional de consulta** a favor de Colpensiones, en caso de declarar la ineficacia del traslado, se deberá determinar si la AFP PROTECCIÓN S.A. debe trasladar a Colpensiones el capital ahorrado por el 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.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado 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 30 de noviembre de 1958 (fl. 18 del expediente digital 02); el demandante estuvo afiliado al ISS desde el mes de noviembre de 1978 según se extrae del

historial de vinculaciones del SIAFP donde se plasma que el demandante se trasladó a PROTECCIÓN S.A. y la AFP de origen era Colpensiones y conforme se extrae de la historia laboral de PROTECCIÓN S.A. (fls. 41 y 48 del expediente digital 16); el demandante solicitó traslado a PROTECCIÓN S.A. el 3 de marzo de 2000 (fl. 15 del expediente digital 02).

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 el demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad y en consecuencia se le ordenara a la sociedad PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración, aportes a las aseguradoras previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima; siendo solo en memorial del 8 de julio de 2022, ello es, con posterioridad a la admisión de la demanda y a las contestaciones, y dos días antes de que se emitiera sentencia de primera instancia, que el apoderado de la parte demandante como prueba sobreviniente, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez (expediente digital 24).

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 del accionante, la causación de un grave perjuicio económico a la misma, y le ordenó a la sociedad PROTECCIÓN S.A. reconocer, liquide y pague pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media, que dicha AFP solicitara a Colpensiones, la elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional, le ordenó a Colpensiones a realizar el cálculo actuarial pensional, y le ordenó a PROTECCIÓN S.A. que mientras no pague el cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional a Colpensiones, debía continuar reconociendo, liquidando y pagando la pensión de vejez al demandante, a sabiendas que se tratan de pretensiones que no fueron solicitadas en la demanda y frente a las cuales 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 del demandante, y declaró que sigue inmersa en el Régimen de Prima Media a cargo de PROTECCIÓN S.A.; que existe una diferencia en las mesadas que el demandante 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 consideran improcedente el regreso automático a Colpensiones de las personas que le faltan menos de 10 años para pensionarse, toda vez que no se puede olvidar, que el análisis que se realiza en los eventos donde se solicita la ineficacia del traslado o de la afiliación, versan exclusivamente en la falta de información suficiente, amplia y oportuna por parte de los fondos de pensiones, al momento de realizarse la afiliación o el traslado de régimen, dado que esto tiene una relación directa con la validez o no del acto jurídico celebrado. Al respecto, la sentencia SL 2621 de 2021 señaló:

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

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

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

pedimento efectuado desde el escrito inaugural (CSJ SL 1475-2021).” (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 sentencia STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

La anterior argumentación es aplicable a este caso, pues la entidad accionada PROTECCIÓN S.A. (que es la AFP que realizó el traslado de régimen pensional), no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de trasladarse de Colpensiones, sin que les hayan dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, siendo esta la razón por lo que se violenta el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvo efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles (sentencia SL 3202 de 2021 que remite a las sentencias SL 1688 de 2019, SL 12715 de 2014, 28.479 de 2008, 39.347 de 2012 y 8397 de 1996) y no pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el

disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad PROTECCIÓN S.A. aporte el formulario de afiliación, historial de asesorías realizadas al afiliado, historia laboral válida para bono pensional, historial de vinculaciones del SIAFP, resumen historia laboral, historia laboral, reporte estado de cuenta; actualización de datos, formulario de reasesoria pensional, comunicados de prensa, concepto 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015, documento denominado “Políticas asesorar para vincular persona naturales” (fls. expediente digital 16), lo que lleva a concluir que al momento de trasladarse de ISS al Régimen de Ahorro Individual, **no les dieron una información completa y suficiente.**

En virtud de lo analizado en el plenario, se hace necesario precisar, que el demandante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media desde el mes de noviembre de 1978 según se extrae del historial de vinculaciones del SIAFP y la historia laboral de PROTECCIÓN S.A. (fls. 41 y 48 del expediente digital 16).

Así las cosas, en aplicación de la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en calidad de órgano de cierre de la justicia ordinaria laboral, considera la Sala que deberá REVOCADA y en su lugar se DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizado por el Sr. JUAN DIEGO VELÁSQUEZ PENAGOS al Régimen de Ahorro Individual.

Como consecuencia de la anterior declaración, a sabiendas que la afiliación a PROTECCIÓN S.A. queda sin efecto y todo debe retrotraerse al estado al que se encontraba, ello es, debiendo el demandante quedar afiliado al Régimen de Prima Media sin solución de continuidad, la consecuencia de la ineficacia de la afiliación hace necesario, que PROTECCIÓN S.A. traslade todos los dineros percibidos con ocasión al acto jurídico que en este proceso es declarado ineficaz. 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:

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).”

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 durante en el tiempo en que estuvo afiliada la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; 3º) Porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver *“los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”*; así mismo, la sentencia SL 3464 de 2019, que rememora las sentencias SL 31989 de 2008, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 1421 y SL 1688 de 2019 ordena el traslado de este

concepto; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

La orden que las cuotas de administración se trasladen debidamente indexadas se extrae de la sentencia SL 1688 de 2019, que dijo expresamente:

*“Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a **gastos de administración**, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.*

***En tal sentido, se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.”** (Resalto fuera del texto)*

Y la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, deberán devolverse **debidamente indexada**, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3571 de 2021 se expuso en lo que nos interesa: *“... se adiciona el ordinal segundo en el sentido de condenar a Colfondos SA a trasladar, también, ... y los valores utilizados en seguros previsionales, con destino a Colpensiones, debidamente indexados, por cuanto la restitución de las cosas a su estado anterior debe ser plena o completa (CSJ SL2877-2020)”*

Conceptos que no prescriben teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1688 de 2019, ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar. En igual sentido, se ha pronunciado las sentencias SL 373 de 2021 y SL 4062 de 2021.

4º. Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima: el traslado de estos aportes se encuentra igualmente consagrado en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 porque al tratarse de un aporte propio del Régimen de Ahorro Individual, no encuentra un equivalente en el Régimen de Prima Media, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016; traslado que tiene como sustento jurisprudencial la sentencia SL 2877 de 2020.

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

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

Teniendo claro lo anterior, se le ORDENARÁ a PROTECCIÓN S.A., trasladar a Colpensiones:

- Los dineros que tenga en la cuenta de ahorro individual del Sr. JUAN DIEGO VELÁSQUEZ PENAGOS, por conceptos de cotizaciones con sus respectivos rendimientos;
- 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.
- Trasladar el porcentaje de garantía de pensión mínima.

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 del demandante sin solución de continuidad.

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

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

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

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

“En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere

cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994”.

Ahora, frente a la obligación de aceptar la subrogación como si fuera una conmutación pensional a partir de un cálculo actuarial por parte de PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN S.A., elaborarlo y presentarlo a dicha entidad y PROTECCIÓN S.A. dentro del mes siguiente a

la fecha en que reciba por escrito, el valor del cálculo actuarial pensional de manos de Colpensiones, proceda al pago real y efectivo del mismo.

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

4. De la pensión de vejez

Se REVOCARÁ la orden dada a PROTECCIÓN S.A. de reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media, al igual que la orden dada a PROTECCIÓN S.A. que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a Colpensiones, está obligada a continuar pagando la pensión de vejez bajo el Régimen de Prima Media al demandante, y Colpensiones subrogará en tal obligación, a PROTECCIÓN S.A. desde el momento que reciba el pago real y efectivo del cálculo actuarial pensional, en consideración con lo manifestado a lo largo de esta providencia, en donde quedó por sentado que:

1º. En las pretensiones de la demanda no se solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de Colpensiones y 2º) Por medio de esta providencia se declarará la ineficacia del traslado con el consecuente traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual, rendimientos y demás conceptos enumerados, siendo Colpensiones la encargada de analizar el cumplimiento o no de los requisitos pensionales del demandante, una vez que el Sr. JUAN DIEGO VELÁSQUEZ PENAGOS acuda para su reconocimiento, y 3º) Obra en el plenario formulario de afiliación elevado por la accionante a Colpensiones solicitando el traslado de régimen (expediente digital 19), sin que se haya le haya solicitado a dicha entidad, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, frente a lo cual se debe decir, que esta Sala es de la posición, que en los eventos que se demanda la ineficacia del traslado y la pensión de vejez, se hace necesario la presentación de la reclamación administrativa a

Colpensiones, para que esta tenga la oportunidad de pronunciarse frente al derecho pensional.

Por lo tanto, queda el demandante con la facultad, para que una vez decida solicitar la prestación económica, lo realice ante Colpensiones.

Costas en esta instancia en la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y Colpensiones, por prosperar parcialmente los recursos de apelación presentados.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, y en su lugar **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación realizada por el Sr. JUAN DIEGO VELÁSQUEZ PENAGOS al Régimen de Ahorro Individual.

SEGUNDO: ORDENARLE a la sociedad PROTECCIÓN S.A. trasladar a Colpensiones:

- Los dineros que tenga en la cuenta de ahorro individual del Sr. JUAN DIEGO VELÁSQUEZ PENAGOS, por conceptos de cotizaciones con sus respectivos rendimientos;
- 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.
- Trasladar el porcentaje de garantía de pensión mínima.

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

QUINTO: Costas en esta instancia en la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y Colpensiones, por prosperar parcialmente los recursos de apelación presentados.

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

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



SECRETARÍA SALA LABORAL
EDICTO VIRTUAL

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

DEMANDANTES	: JUAN DIEGO VELÁSQUEZ PENAGOS
DEMANDADOS	: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-003-2021-00273-01
RADICADO INTERNO	: 190-22
DECISIÓN	: REVOCA, DECLARA, ORDENA Y CONDENA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

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/126> 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 26 de agosto de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 26 de agosto de 2022 a la 5:00pm

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS

SECRETARIO