

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN



SALA LABORAL
Acta N°78

Proyecto discutido y aprobado en sala virtual

Medellín, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

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 el recurso interpuesto y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **DIANA ESTHER PACHECO BARRIOS** contra **PORVENIR, COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**.

De acuerdo a lo dispuesto en la ley 2213 de junio de 2022, la presente sentencia se presenta de manera escrita.

ANTECEDENTES

Pretensiones

La demandante solicita que se declare la ineficacia de su vinculación al RAIS; y, en consecuencia, se condene **Porvenir S.A. y Colfondos S.A.**, a trasladar a **Colpensiones**, el valor de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las comisiones de administración y los rendimientos causados; y a esa entidad a tenerla como su afiliada sin solución de continuidad.

Hechos

La actora fue afiliada al **ISS** hoy **Colpensiones** desde el **16 de octubre de 1990**, se trasladó al RAIS administrado por **Horizonte hoy Porvenir S.A.** el día **1 de septiembre de 2000**, y 1 de julio de 2001 a Colfondos.

Antes de su vinculación al régimen privado de pensiones no se le brindó una información personalizada en la que se le informará acerca de las consecuencias del traslado de régimen.

Contestación Colpensiones

La administradora pública de pensiones a través de apoderado manifestó que es cierto que la demandante fue su afiliada y se trasladó al RAIS, sin que le consten los pormenores de su selección.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia de la nulidad o ineficacia, falta de legitimación en la causa, devolución de cuotas de administración, prescripción, equivalencia de ahorro, e imposibilidad de condena en costas, buena fe.

Contestación Colfondos S.A.

Esta administradora de pensiones a través de apoderada, manifestó que es cierto que la demandante se vinculó a esa entidad, luego de que se le brindara una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, validación de la afiliación, ratificación afiliación, aprovechamiento indebido de recursos públicos, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP e inexistencia de la obligación devolver seguro previsional y cuotas de administración.

Contestación Porvenir S.A.

Esta administradora de pensiones a través de apoderada, manifestó que es cierto que la demandante se vinculó a esa entidad, luego de que se le brindara una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: Buena fe, prescripción y cobro de lo no debido.

Sentencia de Primera Instancia

La Juez Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del **22 de febrero de 2022, declaró** la ineficacia del traslado al RAIS, ordenando a **Porvenir S.A. y Colfondos S.A.**, a trasladar a **Colpensiones**, el saldo existente

en la cuenta de ahorro pensional de la demandante, con sus rendimientos, incluidos los porcentajes descontados para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, bono, los cuotas de administración, las primas de seguros previsionales, indexados desde la fecha en que se descontaron, además se especifique con detalle el reporte de todos los IBC y periodos cotizados, según la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, ordenó a **Colpensiones** recibir estos valores y homologarlos como semanas cotizadas teniendo al actor como su afiliada para efectos pensionales.

Recurso Porvenir S.A.

La apoderada recurrente solicita que se **revoque** la decisión de primera instancia, toda vez que esa administradora cumplió con los parámetros en la información que le eran exigibles al momento de la vinculación de la actora, quedando como prueba de tal acto el formulario suscrito por la demandante, no existiendo fundamentos jurídicos ni facticos para el traslado.

Por lo demás resalta que las condiciones en la información que reclama la actora, provienen de condiciones establecidas en la ley por lo que se presume le eran conocidas sin que pueda alegar su desconocimiento para no cumplirlas.

Para el caso existe una prohibición de traslado consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Con respecto a la condena de trasladar los gastos de administración y seguros, se debe tener en cuenta que la administradora tiene derecho a conservar las primeras por cuanto cumplió con su gestión y en lo referente a los seguros las primas ya fueron pagadas a terceros para la protección de un eventual siniestro.

De otro lado, solicita que al aplicarse el artículo 1746 del Código Civil deben dar aplicación a la teoría de las restituciones mutuas teniendo la administradora derecha de conservar las sumas cobradas por gastos de administración.

Además, ordenar los traslados indexados es un doble pago, porque hubo unos rendimientos y se generaría un enriquecimiento sin causa.

Finalmente, solicita que no se le imponga condena en costas, puesto que no fue la administradora que dio lugar al traslado al RAIS de la demandante.

Alegatos de conclusión

Corrido el término de traslado consagrado en la ley 2213 de junio de 2022. Porvenir manifestó:

En este punto se debe anotar que, no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Prima Media con Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley, adicionalmente la actora contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, por el contrario, permaneció en el mismo régimen pensional privado, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

La accionante manifiesta que su motivo para realizar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre los regímenes. Por lo tanto, es palmario que lo que motiva al demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma como este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento, esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño.

Porvenir, al momento de realizar el traslado de la parte accionada al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte actora una asesoría generalizada, tal como él mismo asegura en los hechos de la demanda incoada, sobre la información del Régimen de Ahorro Individual de forma verbal al momento de suscribir el Formulario de Afiliación y finalmente dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Si lo anterior no fuera suficiente, se recuerda que, mi representada ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de prensa informando cambios normativos, como se puede extraer de la documental aportada con la contestación de la demanda.

Aunado a lo anterior, Se recuerda que la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en su fallo, frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte accionante pues, esta obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera de Colombia, teniendo en cuenta lo anterior, no es cierto que mi representada se encuentra en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado.

La obligación del buen consejo, la doble asesoría, e incluso la de desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores, surgidas a partir del año 2010 y 2014, lo anterior fue recapitulado y objeto de pronunciamiento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464- 2019 en consecuencia, tales obligaciones no existían para la época de la afiliación y mucho menos las mismas se pueden aplicar de manera retroactiva. 1.5. Incumplimiento de la parte accionada del deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios, lo cual conlleva a que la misma no pueda ser beneficiaria de su propia culpa o negligencia en su actuar, lo anterior queda corroborado con el accionar sistemático y reiterado por la parte demandante, pues está dentro de su interrogatorio de parte, manifestó en diferentes ocasiones, no haber realizado comparaciones con otros Fondos Pensionales, no haber hecho preguntas o indagaciones en el momento de suscripción del formulario y no hacer uso de los diferentes canales de atención al usuario que tiene el Fondo.

Los valores recibidos con motivo a la afiliación, especialmente los dineros por concepto de frutos e intereses, rendimientos, entre otros. Respecto de esta condena es oportuno precisar que la misma no es procedente, toda vez que la parte actora se trasladó de régimen pensional en forma consciente, espontánea, sin presiones y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, y antes de adoptar la decisión se le informó en relación con la incidencia de su traslado. Es claro, así las cosas, que el acto de traslado de régimen es completamente válido, pues cumplió con los requisitos establecidos en la normatividad entonces vigente y no pesa sobre él ningún vicio u omisión que lo invalide y en consecuencia con lo anterior no es procedente que la administradora deba restituir estas sumas.

Las sumas correspondientes a las sumas adicionales de las aseguradas tienen por mandato legal una destinación específica, la cual se encuentra consagrada en el artículo 20 de la ley 100 de 1993. El mencionado artículo señala que: “en el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y 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” (Subrayado y negritas fuera del texto original).

En ese orden de ideas, si la condena a devolver las sumas adicionales de las aseguradas fuese confirmada por este Honorable Tribunal estaríamos frente un enriquecimiento sin causa a favor de la parte demandante en la medida en que se estarían inaplicando las normas legales que regulan las restituciones mutuas derivadas de una nulidad o ineficacia de un acto jurídico, siendo necesario reiterar que las sumas descontadas por mi representada , durante el periodo de afiliación cumplieron con la finalidad de proporcionar a la parte actora el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, es decir, se invirtieron conforme con la estructura del Régimen de Ahorro.

Por último, se hace necesario poner de presente que en el fallo emitido por el juez de primera instancia se condena al traslado de los rendimientos que genero la cuenta de ahorro individual de la parte actora en R.A.I.S., y que los efectos jurídicos que se causan tras la declaratoria de ineficacia son los propios del concepto de las restituciones mutuas, es en ese sentido, que no es posible la condena a una indexación de los valores ordenados a trasladar, pues dado que dicho detrimento que sufre el valor económico de los aportes que se busca reponer con la indexación, el mismo se resarciría con el traslado de unos rendimientos, que en ocasión estos últimos, a los efectos de una restituciones mutuas nunca debieron existir, por lo que de hacerlo se estaría imponiendo una condena doble en contra de mi representada, ya que los rendimientos que genero la actora en PORVENIR S.A., fueron trasladados en su momento a la AFPCOLFONDOS.

En relación con la condena en costas debemos indicar que mi representada siempre obró con buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante del RPM al RAIS y buscando siempre el beneficio de la parte demandante, por lo que la condena en costas no es procedente ante la ausencia de mala fe de mi representada.

Alegatos Colpensiones

La apoderada de la entidad solicita que si el se ratifica que la ineficacia del traslado fue ocasionada por AFP, esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, es decir, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya sea por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deben ser asumidos por la administradora a cargo de su propio patrimonio.

Es por ello que, de declararse la ineficacia, se debe ordenar a la AFP del “RAIS” que la devolución de los aportes comprenda la totalidad del aporte realizado en favor de la parte demandante, incluidos los destinados al pago administración de la cuenta, al pago de primas de seguros previsionales para invalidez, muerte y a financiar el fondo de solidaridad pensional, debidamente indexados, lo anterior sustentado en las siguientes sentencias.

Solicita además que, en el evento de confirmar la sentencia de primera instancia, esta sea adicionada en el sentido de condenar en Costas y agencias en derecho en esta instancia a los apelantes, en la tasa máxima permitida según el acuerdo PSAA16-10554 ensus artículos 5 y 2.

Lo anterior en razón del desgaste desmesurado del aparato judicial por parte de los demandados, afectando así los principios de celeridad, economía y eficacia procesal, los cuales buscan garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia, sin dilaciones y demoras injustificadas, cumpliendo así, los objetivos que en materia de justicia impone la Carta Magna de 1991.

Problema Jurídico

Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia de conformidad con el grado jurisdiccional de consulta en favor de **Colpensiones**, serán: (i) Determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen del demandante al RAIS resulta o no eficaz, (ii) Establecer que conceptos está obligada a devolver **Porvenir y Colfondos S.A.** a **Colpensiones** y (iii) Revisar si operó la prescripción, (iv) sí ordenar las condenas indexadas es un doble pago y (v) si es procedente absolver a Porvenir de costas procesales.

CONSIDERACIONES

Antes de resolver considera la Sala importante realizar las siguientes precisiones de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente:

1. La señora **Diana Esther Pacheco Berrio** fue afiliada al ISS hoy **Colpensiones** el **20 de noviembre de 1995**.
2. La actora se trasladó al RAIS administrado por **Horizonte** hoy **Porvenir S.A.**, afiliación efectiva desde el **1 de septiembre de 2000** y a **Colfondos** el **1 de julio de 2001**.

Efectuadas las anteriores anotaciones procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos puestos en su conocimiento.

De la prohibición de traslado consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003

La apoderada de **Colpensiones** manifiesta que se desconoció con la decisión de primera instancia la prohibición de traslado consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el numeral e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que establece: *“el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”*

En lo referente a la aplicación de esta norma al caso de autos, debe destacarse que no es motivo de discusión en el proceso que a la afiliada se le esté impidiendo el retorno al RPM, en ese orden no es un debate respecto del ejercicio del derechos a retornar a un régimen pensional, sino a demostrar que su afiliación al RAIS es ineficaz por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, lo que implica dilucidar si en efecto al momento de trasladarse de régimen pensional se le brindó una información necesaria y transparente.

En ese orden, es a partir de la comprobación de los parámetros exigible en la información que determinará si la misma es ineficaz, siendo la vuelta al estado inicial una consecuencia de esa eventual declaración, por lo que en este aspecto el argumento expuesto por la apoderada de la administradora pública en su recurso no tiene vocación de prosperidad por lo que se **confirmará** el fallo apelado.

El precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un nutrido precedente en materia de la obligación de información de los fondos de pensiones, siendo sus sentencias fundantes la 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, a las que ha seguido una copiosa producción al resolver recursos de casación en las sentencias SL1688 de 2019, SL4360 de 2019, SL4426 de 2019, SL2611 de 2020, SL2877 de 2020, SL-1217 de 2021 y SL-755-2022.

En las providencias citadas el Alto Tribunal fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo a las administradoras de pensiones, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: (i) desde la fundación de las AFP, segundo momento, (ii) desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 y (iii) a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

En el caso sometido a estudio, el traslado al RAIS a través de **Horizonte hoy Porvenir S.A.** se hizo efectivo el día **1 de septiembre de 2000**, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual la jurisprudencia en interpretación del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 ha exigido la demostración por parte de las administradoras de pensiones del cumplimiento del deber entregar una información necesaria y transparente, conceptos que se explican en la sentencia SL-1452-2019 de la siguiente forma:

Información necesaria: consistente en la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, lo que implica un comparativo entre las vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Transparencia: La AFP a través de su promotor debe comunicar a su potencial afiliado en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios.

El anterior deber trae en lo procesal una carga que recae en la administradora de pensiones, y es demostrar que suministró al posible afiliado una información calificada, en la que se expliquen los beneficios y desventajas del cambio de régimen, para solo a partir de este conocimiento concluir que se garantizó su derecho al ejercicio de una libre selección de régimen pensional.

Sobre la **carga de la prueba** es importante la remisión a la sentencia SL4426-2019, donde la Corte expone los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa que el afiliado presenta una afirmación indeterminada -la de que no recibió información- y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia, aspecto en el que por demás está en una mejor posición de ilustrar por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado.

En lo que respecta al caso de autos, **Porvenir S.A.** al contestar la demanda y en su recurso indicó que antes de efectuarse la suscripción del formulario de traslado, le suministró a la actora una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, sin embargo,

consultado el expediente no se advierte prueba alguna que permita establecer que existió una información cualificada al momento de la vinculación.

Sobre las obligaciones que recaen en las administradoras de pensiones es bastante ilustrativa la sentencia SL-782 de 2021, donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que:

...i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Además, de la anterior circunstancia, es importante tener en cuenta que la actora hizo uso de la movilidad entre administradoras del RAIS, vinculándose a **Horizonte S.A.** hoy **Porvenir S.A.** y posteriormente retornando a **Colfondos S.A.**, sin embargo, esta situación en particular no sana o convalida la ineficacia, pues como lo explicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1688 de 2019 no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos. En palabras del Alto Tribunal:

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.

Finalmente, se recuerde que situaciones como la permanencia por un lapso significativo de tiempo en el RAIS o el traslado entre administradoras privadas no tienen como consecuencia el saneamiento de una vinculación afectada por la ineficacia, en tal sentido vale la pena remitir a la lectura de la sentencia SL-3349 de 2021, en la que, respecto de este tema, la Corte Suprema de Justicia, indicó:

Así como la Corte ha determinado que el hecho de tener sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello se derive una suerte de purga en el deber de información o de convalidación en su incumplimiento, tampoco el

hecho de que el impugnante se haya vinculado, de manera discontinua al RAIS, aún con la misma administradora, significa per se que se tenga suficiente ilustración, conocimiento o comprensión de cada uno de los regímenes o que, se itera, tal situación releve del cumplimiento de sus deberes a la AFP, como lo exigen las normas aplicables en el momento en que acaezca tal evento.

A partir de lo anterior, encuentra la Sala que no demostró **Porvenir S.A.** que cumpliera con su deber de información, por la consecuencia es que la afiliación efectuada a este fondo devenga ineficaz de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y en ese sentido se **Confirmará** la decisión de primera instancia.

De los efectos de la ineficacia

La Juez de primera instancia **condenó** a **Porvenir S.A.** y a **Colfondos S.A.**, a trasladar a **Colpensiones** las cuotas de administración, las primas de seguros previsionales y garantía de pensión mínima.

A estas condenas se opuso la apoderadas de **Porvenir S.A.**, bajo 3 argumentos generales (i) los gastos de administración y seguros previsionales se cobran por ministerio de la ley y por el cumplimiento de una gestión por lo que tienen derecho a conservarlos, (ii) la declaratoria de ineficacia no puede implicar la devolución de los gastos de administración, pues de aplicarse de forma irrestricta el artículo 1746 del Código Civil, esto llevaría a que no haya lugar al traslado de los rendimientos obtenidos y (iii) las sumas pagadas por seguros previsionales se encuentran en poder de las aseguradoras y cumplieron con su finalidad de cubrir las contingencias de invalidez y muerte.

Con el fin de dar respuesta a estos argumentos y de paso resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor a **Colpensiones**, es relevante recordar que en este caso se está aplicando la ineficacia, como respuesta jurídica del ordenamiento jurídico por la transgresión de un deber legal y ello implica, que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica, y, por tanto, no produzca ningún efecto.

En ese orden, es importante hacer énfasis en lo enseñado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-4360 de 2019, en la que indicó que: la sanción impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una **ineficacia en sentido estricto**, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado.

Siguiendo esta enseñanza la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones

mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que las AFP que se beneficiaron de ello trasladen a **Colpensiones**, todos los conceptos que recibieron, puesto que, los mismos serán utilizados para la financiación de la eventual pensión de vejez a la que tenga derecho el demandante.

La forma en que se debe interpretar el artículo 1746 del Código Civil, es bien explicada en la sentencia SL-2877-2020, en la que al respecto se expresó:

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

En virtud de lo expuesto para la Sala es claro que durante el periodo en que la actora estuvo vinculado a la administradora del RAIS, se privó a **Colpensiones** del cobro de los gastos de administración en su favor, y en ese orden el restablecimiento de las cosas a su estado inicial no puede perjudicar al fondo de naturaleza pública, porque precisamente con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esta entidad tiene derecho a recibir 3 puntos porcentuales del aporte por gastos de administración, concepto que no fue recibido como consecuencia del acto declarado ineficaz.

Finalmente, en lo que toca con lo pagado por primas de seguros previsionales, debe indicarse que tales pagos obedecieron a la vinculación declarada ineficaz y en tal sentido hay una disminución en el valor del porcentaje de debió corresponder a **Colpensiones**, desmejora que deben asumir los fondos de pensiones del RAIS, y es por ello que la jurisprudencia ha indicado que deben

ser reconocidos con cargo a su patrimonio y debidamente indexados, siendo un claro ejemplo de esta tesis la reciente SL-755-2022.

Así las cosas, queda resuelto el recurso presentado por la apoderada de **Porvenir S.A.**, indicando que se desestima su solicitud, sin embargo, siendo este un aspecto conocido en el grado de consulta es necesario dejar algunos aspectos claros en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineficacia y en ese sentido, esta Sala a partir del precedente jurisprudencial a identificado los siguientes conceptos:

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM¹.
2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador².
3. Los **gastos de administración**³, concepto consagra en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales, primas de seguros del Fogafín y la comisión correspondiente a la AFP por su gestión.

En lo referente al traslado de estos conceptos por parte de las administradoras del RAIS a **Colpensiones**, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios⁴, (ii) la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones⁵.

¹Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019, CSJ SL-2877-2020, CSJ SL-1442-2021, CSJ SL-1440-2021 y SL-782-2021.

²Se debe realizar su devolución conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4360-2019, CSJ SL-2877-2020, CSJ SL-1442-2021, CSJ SL-1440-2021 y SL-782-2021.

³Se deben asumir por el fondo de pensiones con cargo en su propio patrimonio y de forma indexada. En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021 y CSJ SL 1197-2021.

⁴Sentencia SL-4360-2019.

⁵Sentencia SL-2877-2020.

4. **Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el pago de estos aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, 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 2016⁶.

A partir de lo anterior, encuentra la Sala que le asistió razón a la juez de primera instancia al ordenar la devolución de todos los conceptos que las administradoras privadas recibieron con motivo de la afiliación de la actora, siendo la única finalidad de esta orden la de mantener la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, pues lo que se busca es que el fondo público reciba de forma íntegra aquellos valores que debieron ingresar a su administración y que por la afiliación declarada ineficaz dejó de percibir y en tal sentido se **Confirmará** la decisión de primera instancia, **Adicionándola** únicamente para indicar que también deben ser trasladados por parte de **Porvenir S.A., y Colfondos S.A.,** los valores cobrados por prima de reaseguros del Fogafín durante el periodo que se mantuvo vigente la vinculación de la actora a esa administradora, sumas que deberán asumir con cargo a su propio patrimonio y trasladar indexadas.

Devolución del Bono Pensional Tipo A

Conforme lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993 los bonos pensionales constituyen un aporte para conformar el capital que requieren los afiliados del Sistema General de Pensiones para financiar la pensión.

Los bonos tienen varias clasificaciones; importando para el caso que se resuelve el tipo A, que corresponden al afiliado que se traslada del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.

Este mecanismo de financiación de la pensión antes de su pago debe surtir varias etapas entre las que se encuentran la emisión, expedición, redención y pago, en el caso estudiado, y dado que a la fecha se desconoce si este ha sido recibido por **Porvenir S.A.** o **Colfondos S.A.,** por lo que se **revocará** la decisión de primera instancia en cuanto ordenó su devolución a **Colpensiones,** indicando que en el caso en que se haya recibido el mismo deberá ser restituido a la oficina de bonos pensionales del **Ministerio de Hacienda y Crédito Público,** para que esta entidad proceda con su anulación.

De la condena a indexación

⁶En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL 2877-2020, CSJ SL-936-2021, CSJ SL-938-2021, CSJ SL-1410-2021CSJ y SL1442-2021.

Referente a la inconformidad frente a la condena por indexación, la Sala no comparte dicha apreciación, en razón a que esos dineros de los que se privó a Colpensiones de administrar deben recibirse actualizados al momento del pago y son ajenos a los rendimientos que se generaron, toda vez que esta es una consecuencia del mercado, mientras que cuando se vayan a pagar los valores ordenados ya abran perdido la actualización monetaria, teniendo derecho la entidad pública a recibir esos dineros con el valor actual, tema que es claro en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL5686 y 5690 de 2021.

De la excepción de prescripción

En lo que tiene que ver con la prescripción, encuentra la Sala que esta excepción no está llamada a prosperar, puesto que, 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. En este sentido se remite a la lectura de las sentencias SL-1688 de 2019, SL-373 de 2021 y SL-4062 de 2021.

De las costas procesales

El apoderado de Porvenir S.A., solicita que se revoquen las costas de primera instancia, en razón a que no es procedente la ineficacia y además siempre actuó de buena fe.

Referente a este aspecto la Sala no encuentra procedente la solicitud del apoderado, en razón a que las costas se imponen como un criterio objetivo, en contra de quien resulte vencido en el proceso, lo que en efectos ocurrió la Porvenir S.A., quien además fue el fondo que ocasionó la declaratoria de ineficacia por indebida información, lo que no fue desvirtuado con el recurso presentado. Confirma este aspecto apelado.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., y a favor de la actora. Las agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.160.000.

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

CONFIRMAR la providencia de primera instancia proferida por la Juez Veinticuatro Laboral del Circuito de Medellín, el día **22 de febrero de 2023**, en el proceso ordinario laboral adelantado por la señora **DIANA ESTHER PACHECO BARRIOS** contra **PORVENIR, COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. ADICIONÁNDOLA** para indicar que también deben ser

traslados por parte **PORVENIR Y COLFONDOS S.A.**, a **COLPENSIONES** los valores cobrados por prima de reaseguros del Fogafín durante el periodo que se mantuvo vigente la vinculación del demandante a esas administradoras, sumas las deberá asumir la AFP con cargo a su propio patrimonio y trasladarlas indexadas.

REVOCAR en cuanto se ordenó a **Porvenir y Colfondos S.A.** la devolución del bono pensional de la actora a **COLPENSIONES**, para en su lugar indicar que en caso de que el mismo haya sido recibido se proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, para que esta entidad proceda con su anulación.

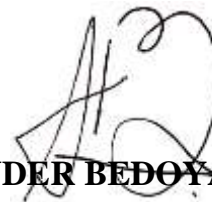
Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., y a favor de la actora. Las agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.160.000.

La anterior decisión se notifica por **EDICTO**.

LOS MAGISTRADOS



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



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:

Proceso	Ordinario
Demandante	Diana Esther Pacheco Berrio
Demandado (s)	Colpensiones y otros
Radicado	05001-31-05-024-2021-00013-01
Decisión	Confirma, revoca y adiciona sentencia
Magistrado ponente	Carmen Helena Castaño Cardona

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/148> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 31 de marzo de 2023 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 31 de marzo de 2023 a las 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO