

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA LABORAL

Acta No. 188

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	María Consuelo Jiménez Ávila
DEMANDADAS	Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.
RADICADO	050013105 <b>02320200011401</b>
TEMA	Ineficacia de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Confirma y adiciona sentencia

Medellín, veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

AUTO

Se entiende reasumido el poder otorgado al doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ como apoderado principal de la AFP PORVENIR S.A.

SENTENCIA

Procede la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, con ponencia de la magistrada ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ, a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 23 de abril de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

DEMANDA

MARÍA CONSUELO JIMÉNEZ ÁVILA pretende que se DECLARE (i) ineficaz la afiliación y/o traslado realizado a las AFP PORVENIR S.A. y SANTANDER S.A. (hoy PROTECCIÓN S.A.); (ii) que la afiliación al ISS hoy COLPENSIONES se mantuvo vigente y sin solución de continuidad; y, (iii) que tiene derecho a pensionarse en el RPM bajo los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993. Como consecuencia de lo anterior, pide que se ORDENE a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, trasladar y recibir, respectivamente, sin lugar a descuentos por parte de las primeras, todos los aportes y sumas recibidas en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, cuotas de administración, aportes voluntarios, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados, los cuales se deben reflejar como tiempo efectivamente cotizado en la historia laboral de COLPENSIONES.

## **HECHOS**

Como fundamento de sus pretensiones expresó que se afilió al RPM el 1o. de mayo de 1986, con un total de 297.71 semanas cotizadas hasta el 31 de marzo de 1996. Ese mes firmó formulario de traslado a PORVENIR S.A y luego se afilió a la AFP SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A. Manifestó que las administradoras del RAIS no brindaron asesoría oportuna y suficiente, respecto de las ventajas y desventajas del traslado y de permanecer en el RAIS, y menos cuales serían las condiciones pensionales bajo este régimen. Solicitó a PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES dejar sin efecto el acto de afiliación y/o traslado al RAIS con miras a regresar a COLPENSIONES, petición que fue negada. La mesada pensional en el RPM le sería muy superiora a la que podría obtener en el fondo privado.

## **CONTESTACIONES**

COLPENSIONES aceptó únicamente el hecho relativo a la respuesta emitida por la entidad frente a la reclamación elevada y se opuso a la

mayoría de las pretensiones, salvo la del traslado de los dineros del RAIS, en caso de prosperar la ineficacia de la afiliación a dicho régimen. Formuló las excepciones de mérito que denominó: carga dinámica de la prueba – particularidades del caso, inexistencia de vicio en el consentimiento, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho de afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, falta de causa para demandar, falta de interés en su vida pensional, buena fe de Colpensiones, mala fe, devolución de cuotas de administración - seguros previsionales – comisiones indexados, imposibilidad de condena en costas, prescripción y compensación.

PROTECCIÓN S.A. también se opuso a las pretensiones, aceptó la afiliación de la demandante a SANTANDER S.A., la solicitud presentada y la respuesta emitida. Como excepciones planteó las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica.

PORVENIR S.A. señaló no constarle o no ser ciertos los hechos como los presenta la parte demandante, expuso oponerse a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El 25 de abril de 2023, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ la ineficacia de la afiliación de la demandante a PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A. CONDENÓ a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor de la cuenta de

ahorro individual de la actora, con sus respectivos rendimientos incluidas las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados estos tres últimos conceptos. Agregó que, al momento de cumplir la orden, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán remitir a COLPENSIONES la relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

ORDENÓ a COLPENSIONES recibir las sumas que le sean giradas por las AFP y convertirlas en semanas efectivamente cotizadas por la demandante, tener a ésta como su afiliada sin solución de continuidad y actualizar su historia laboral.

CONDENÓ en costas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. y fijó unas agencias en derecho equivalentes a un SMLMV a cargo de cada una. Finalmente, DECLARÓ no probadas las excepciones presentadas por las demandadas.

La decisión se fundó en que la libre escogencia de régimen pensional establecida en la ley, por lo cual el traslado entre regímenes tiene como presupuesto el deber de asesoría y el cumplimiento de obligaciones profesionales a cargo de las administradoras, en cuanto a ilustrar a la persona de cara a su situación particular y concreta cual es el régimen pensional que más conviene a sus intereses.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

PORVENIR S.A. interpuso recurso frente a la indexación de las condenas, figura que corresponde a la actualización de la moneda para contrarrestar su devaluación por el transcurso del tiempo y la condición inflacionaria de la economía, según sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia. En ese escenario, resaltó que se generaron rendimientos financieros superiores a la rentabilidad mínima durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a la AFP, con lo cual resulta incompatible ordenar la

indexación, pues los recursos no se vieron afectados por la inflación y, por el contrario, generaron rendimientos. Al efecto se remitió a una decisión del Tribunal Superior de Cali. En caso de no ser acogidos los argumentos, solicitó que se autorice a la entidad a descontar de los rendimientos financieros que en su momento fueron trasladados a PROTECCIÓN S.A., lo relativo a gastos de administración, primas de seguros previsionales y demás rubros, pues estos conceptos no financian la prestación de vejez, no corresponden a valores que pertenecen a los afiliados y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, autoriza a los fondos privados a efectuar tales descuentos, así como el artículo 113 literal b de la Ley 100 de 1993, establece cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen pensional. No hacerlo configura un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante, de COLPENSIONES y del Estado, y un detrimento para PORVENIR S.A.

## **ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

Surtido el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, COLPENSIONES señaló que no comparte lo concerniente a la inversión de la carga de la prueba, pues quien pretenda *“valerse de negaciones indefinidas, debe encontrarse en una situación de imposibilidad demostrativa y no ante una mera dificultad”*. Por ende, la parte actora debió acreditar la insuficiencia en la información brindada por la AFP, lo cual no logró. Agregó estar en desacuerdo con las reglas establecidas por la Corte Suprema de Justicia sobre el contenido mínimo de la información, según la época en que se haya efectuado el traslado de régimen pensional, en tanto que dicha función no le corresponde. El legislador no definió exactamente el estándar de prueba, por lo que es el Juez laboral el que debe valorarla conforme a los artículos 60 y 61 del CPTSS, 164 y 167 del CGP.

Reiteró que la demandante no puede ser trasladado nuevamente al RPM por encontrarse en la restricción legal debido a que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse. Además, se

trata de una persona plenamente capaz, en el acto de afiliación no se observan vicios del consentimiento, por lo que fue un acto derivado de la autonomía de la voluntad. La ineficacia resulta inoponible frente a terceros de buena fe y la figura de la inoponibilidad constituye un mecanismo protector del derecho a la seguridad jurídica y tiene alcance frente al principio de sostenibilidad financiera.

En el evento de confirmarse la ineficacia del traslado, solicitó ordenar a las AFP que devuelvan a COLPENSIONES todas las cotizaciones efectuadas durante la permanecía de la afiliada al RAIS, sin algún tipo de descuento, precisando los conceptos a reintegrarse y el término en que esto debe ocurrir.

PORVENIR S.A. manifestó que se no se alegaron ni probaron los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa, por lo que el acto jurídico de traslado goza de plena validez. Tampoco se aprecian las situaciones contenidas en el artículo 1508, correspondientes a los vicios del consentimiento. Agregó que no se puede aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues se violaría el principio de la inescindibilidad de las normas; además, el único artículo que refiere a la ineficacia de pleno derecho de un acto jurídico es el 897 del Código de Comercio. Mencionó que el formulario de afiliación suscrito por la actora se presume auténtico, y corresponde a una selección libre, espontánea y sin presión, documento que no fue tachado de falso. Además, se debe tener como saneada la afiliación por la ratificación tácita de la parte demandante al permitir los descuentos del aporte con destino al régimen privado y no hacer uso del derecho de retracto.

También expuso que sí cumplió con la carga procesal impuesta, pues aportó los documentos que tenía en su poder, sin que sea viable imponer cargas distintas, pues para el momento de la celebración de los actos jurídicos del traslado no existía la obligación de suministrar la información con el alcance que se despliega en la jurisprudencia. Considera que, en el hipotético caso de determinar que no tuvo validez el negocio jurídico, solamente se debe trasladar el saldo de la cuenta

de ahorro individual y los rendimientos, sin alguna otra suma diferente, pues no se probó la mala fe en la celebración del acto jurídico, por lo que no se puede condenar a restituir los rendimientos financieros que logró PORVENIR S.A. por la gestión, tampoco la devolución de las primas de seguros por cuanto la actora siempre estuvo protegida de las contingencias. Que, si la decisión del Tribunal es que debe condenarse a trasladar los aportes con los rendimientos del RAIS, debe aplicarse la figura de las restituciones mutuas para que a PORVENIR S.A. no se le condene a devolver los gastos de administración y de seguros.

### **CONSIDERACIONES**

No fue objeto de controversia que la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media –RPM- al de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, por medio de PORVENIR S.A. (ver formulario en el archivo 16, página 68) y que de manera posterior se vinculó con SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. (ver formulario en el archivo 13, página 34).

Así las cosas, el Tribunal debe definir si es ineficaz el traslado de régimen pensional de MARÍA CONSUELO JIMÉNEZ ÁVILA a PORVENIR S.A. y consecuentemente, en caso de proceder la declaratoria de la ineficacia, se deberán analizar los conceptos a devolver por los fondos privados y si es procedente la indexación. Ello en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación presentado y las demás condenas en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, como lo dispone el artículo 69 del C.P.T.S.S.

### **ACTO JURÍDICO DE AFILIACIÓN Y PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL**

Para comenzar, la Sala hará un breve recuento de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que estructura el tema.

Inicialmente advirtió la referida Corporación que i) el traslado de régimen debe estar precedido de toda la información relevante para la toma de la decisión; ii) es necesario que el fondo de pensiones proporcione a quien pretenda captar como su afiliado, una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras; iii) la figura de la ineficacia es una consecuencia prevista en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 para aquellos casos en que el fondo de pensiones omitió suministrar información que permitiera la selección de régimen de forma libre y voluntaria, acto indebido de esta que tiene como consecuencia no producir sus efectos propios; y, iv) el Estatuto Financiero de la época, en los artículos 97 y siguientes, consagró que las administradoras debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe, por lo que se sanciona la falta de información relevante.

Más adelante, precisó que i) es deber de las administradoras de pensiones brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; ii) la información debe ser completa y comprensible y debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica; y, iii) la carga de la prueba de demostrar que se informó de forma detallada, clara y documentada recae en la administradora de fondos de pensiones.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia fijó unos grados de exigencia de la información, según las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo a las administradoras de pensiones, así: i) desde la fundación de las AFP; ii) desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 incorporado en el Decreto 2555 de 2010; y, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014, del Decreto 2071 de 2015. y en la circular 16 de 2016, la cual entrega instrucciones generales para la remisión de información financiera para efectos de inspección, vigilancia y control.



La determinación por tomar tiene como soporte las sentencias proferidas dentro de los radicados 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014, además de las sentencias SL9519 de 2015, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2611, SL2877, SL4811 de 2020, SL1217, SL782 de 2021, y SL445 de 2022.

Ahora, sobre la carga de la prueba es importante recordar la sentencia SL4426-2019, en la cual la Corte expuso los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa de 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; además, la AFP está en una mejor posición de ilustrar, por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado y, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que a través de sus asesores haga conocer a los afiliados que pretende captar, los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el régimen ofrecido.

De este modo se concluye que las afirmaciones realizadas por la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PORVENIR S.A., pues si bien aportó el formulario de traslado a dicha entidad (archivo 16, página 68), en el cual se hizo constar que la escogencia del régimen de ahorro individual se efectuó de forma "libre, espontánea y sin presiones", tal documento no es prueba suficiente para determinar que efectivamente se brindó una asesoría completa acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe repetirse que la labor de los asesores de los fondos privados, en la etapa pre-negocial -anterior a la materialización del consentimiento- consistía en brindar una información transparente, completa, detallada y comprensible, puesto que lo que se revisa es si la administradora de

fondos de pensiones que pretendía captar un afiliado cumplió con los imperativos profesionales de información.

En el caso objeto de estudio, tampoco se advierte confesión de la demandante, pues en el interrogatorio de parte refirió que la vinculación a PORVENIR S.A. se dio por una campaña masiva que se realizó en el lugar de trabajo. Que en tal momento se le señaló que el ISS se iba a quebrar y que era mejor el traslado para el fondo privado. Posteriormente se afilió a SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., donde se le manifestó que tendría unos mejores rendimientos, pero no se le explicaron las ventajas y desventajas de la afiliación al RAIS.

También es importante advertir que, si bien la mayoría de los precedentes judiciales tenidos en cuenta por esta Sala corresponden a afiliados beneficiarios del régimen de transición, las razones que sustentan la ineficacia del traslado no tienen en cuenta esta circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

No puede pasarse por alto que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica y, por tanto, no produzca efectos. Al efecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-4360 de 2019, 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"*. Por tal razón no es procedente analizar el caso de autos bajo lo dispuesto en el artículo 2º. de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en lo que respecta al traslado de régimen cuando a un afiliado le faltan 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Como ya se mencionó, 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 (sentencias SL1688-2019, SL4360-2019 y SL4426-

2019). En el caso sometido a estudio, el traslado de la actora al RAIS se hizo efectivo el 1o. de mayo de 1996 (archivo 13, página 35) lo que se corresponde con el primer momento por lo que la obligación de la administradora privada era la de brindar una información necesaria y transparente, según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019.

Sobre dichas obligaciones de las administradoras de pensiones, es bastante categórica la sentencia SL-782 de 2021, en la cual la Corte Suprema de Justicia indicó que 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."*

Adicionalmente, en sentencia de tutela STP15228-2021, frente a los denominados actos de relacionamiento referidos por la Sala de Casación Laboral de Descongestión, se reiteró que la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral Permanente se dirige al análisis de la información anterior a la elección del traslado de régimen y no a los actos realizados por los afiliados con posterioridad. En forma expresa se indicó en la sentencia de tutela, que los traslados horizontales entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual no convalidan el traslado de régimen pensional y, en este sentido, hizo un llamado a la Sala de Descongestión a acatar los lineamientos jurisprudenciales, por no tener competencia para realizar variación doctrinal de conformidad con lo establecido en el artículo 2º. de la Ley 1781 de 2016.

De lo anterior se colige que PORVENIR S.A. no cumplió con la carga de probar que realizó una asesoría lo suficientemente clara, detallada y

concreta en relación con la situación particular, en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación; por tanto, debe concluirse que es desde allí que el traslado resulta ineficaz, lo que genera como consecuencia que la afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, por lo que se debe **CONFIRMAR** la providencia de primera instancia en tal sentido.

## **EFFECTOS DE LA INEFICACIA Y CONCEPTOS A DEVOLVER POR LOS FONDOS PRIVADOS**

La jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil, el cual 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. Lo anterior implica que la AFP que dio lugar a ello, siempre y cuando se hayan generado las debidas cotizaciones, traslade a COLPENSIONES: (i) la totalidad del capital ahorrado, (ii) los rendimientos financieros obtenidos y (iii) los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

De igual forma, no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, pues debe garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que correspondería con rendimientos financieros, en caso de que la demandante no se hubiese trasladado. Además, es claro que en el RAIS parte de las cotizaciones se imputaron a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima sumas que, como se dijo, no pueden ser inferiores al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que el actor hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Al efecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-3464 de 2019, señaló que *“La Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”*.

Así pues, es necesario dejar claros algunos aspectos en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineficacia. En este sentido la Sala, a partir del precedente jurisprudencial, ha 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 RPM<sup>1</sup>.
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 comprador<sup>2</sup>.
3. **Gastos de administración**<sup>3</sup>, concepto consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de

---

<sup>1</sup>Se 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.

<sup>2</sup>Se 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.

<sup>3</sup> Se debe realizar la devolución de estos conceptos indexados conforme lo enseñado en las sentencias CSJ SL-3871-2021, CSJ SL-4062-2021 y CSJ 4063-2021.

la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión.

En lo referente al traslado de estos rubros por parte de las administradoras del RAIS a COLPENSIONES, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios<sup>4</sup>, (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 pensiones<sup>5</sup>.

Finalmente, se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio **y se entreguen debidamente indexados**<sup>6</sup> a efectos de que el dinero no pierda su capacidad adquisitiva, sin que ello resulte incompatible con la devolución de los rendimientos restituidos, de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil.

4. **Aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el pago de estos aportes propio del RAIS, conforme al 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 deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7°. del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Sentencia SL-4360-2019.

<sup>5</sup> Sentencia SL-2877-2020.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Respecto de este particular se puede consultar la sentencia SL 2877-2020, providencia en la cual la Corte Suprema de Justicia encontró precedente la devolución de los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, máxime cuando estos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada con el fin de financiar aquellas prestaciones.

Por lo anterior, es necesario **ADICIONAR** la sentencia para **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, que además de lo ordenado por el juez, teniendo como base la sostenibilidad financiera del sistema y que la presente sentencia se revisa en grado jurisdiccional de consulta, devuelvan lo correspondiente a la **prima de reaseguros de Fogafin** con cargo a sus propios recursos, **siempre y cuando dentro del período de afiliación se realizaran dichos descuentos**, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1688-2019, postura que comparte la Sala.

Adicionalmente, las sumas a trasladar por las AFP deberán ser debidamente **indexadas**.

Ahora, no se pueden pasar por alto las recientes providencias de la Corte Suprema de Justicia como las sentencias SL843, SL755 y SL756 todas de 2022, en las cuales se impone a las AFP privadas la obligación de entregar información en la que aparezcan discriminados los conceptos trasladados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Así pues, para esta Sala es válido que se exija una claridad en los valores y conceptos a devolver por parte de los fondos privados al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a COLPENSIONES, circunstancia que fue prevista por la Juez A quo.

Por lo anterior se debe **CONFIRMAR** la decisión de primera instancia en este punto.

### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

La Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1688-2019, SL373-2021 y SL4062-2021 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. Dicha postura la comparte esta Sala por lo que no está llamada a prosperar la excepción en estudio.

Debe dejarse también en claro que los conceptos a devolver por el fondo privado corresponden a sumas que están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de una posible prestación; en consecuencia, están ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, aspecto por el cual tampoco pueden estar sometidos a prescripción, tal y como se señaló en la sentencia SL1473-2021 de la Alta Corte.

En los términos expuestos, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia revisada en apelación y en grado jurisdiccional de consulta.

Las costas procesales de la primera instancia como allí se determinó. En esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. por no haber salido avante el recurso. Las agencias en derecho se fijan en la suma de un SMLMV.

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,

## **R E S U E L V E**

**PRIMERO: ADICIONAR** los numerales tercero y cuarto de la sentencia, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A** y **PORVENIR S.A.** que trasladen a **COLPENSIONES**, además de lo ordenado por el juez, la **prima de reaseguros de Fogafín**, debidamente **indexada**, con cargo a sus propios recursos, por el lapso en que la actora permaneció allí, siempre y cuando dentro del período de afiliación se hayan realizado estos descuentos. Las sumas objeto de traslado, deberán ser debidamente **indexadas**.

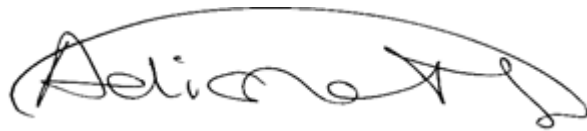
**SEGUNDO:** En lo demás se confirma la sentencia.



**TERCERO:** Costas procesales con agencias en derecho como se dijo en la parte motiva.

La presente providencia se notifica por edicto.

Los Magistrados,



**ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ**



**CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA**



**HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ**