

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Aprobado ACTA 218

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

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE(S)	María Angélica Ariza Vargas
DEMANDADO(S)	Colpensiones Protección S.A.
RADICADO	05001-31-05-022-2021-00476-01 (019-23)
DECISIÓN	Confirma y adiciona
MAGISTRADA PONENTE	Carmen Helena Castaño Cardona

En la fecha, el **Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral**, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en el proceso ordinario promovido por **MARÍA ANGÉLICA ARIZA VARGAS contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.** con radicado **05001-31-05-022-2021-00476-01**

Por auto del 10 de agosto de 2023, debido a que no se acogió la ponencia presentada por la magistrada ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ, se remitió el expediente a la magistrada CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA para presentar una nueva ponencia.

De acuerdo a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita.

I. ANTECEDENTES:

Pretensiones:

MARÍA ANGELICA ARIZA VARGAS pretende que se DECLARE: (i) la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada por PROTECCIÓN S.A. por existir

vicio en el consentimiento, debido a la omisión del deber de información y del incumplimiento de obligaciones; (ii) válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al RPM; y, (iii) que PROTECCIÓN S.A. está obligada a devolver los aportes a COLPENSIONES. En consecuencia, pide que se CONDENE a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados al RAIS, incluidos los rendimientos y sin efectuar descuentos por cuotas de administración.

Hechos:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 20 de junio de 1973, por lo que tenía 48 años para la fecha de presentación de la demanda. Inició cotizaciones en el RAIS en el mes de marzo de 2008 en PROTECCIÓN S.A., fondo que no suministró información suficiente sobre cómo se liquidaría la pensión al momento de acreditar los requisitos. El asesor comercial de la AFP no brindó una asesoría clara frente a las particularidades de los dos regímenes pensionales. El 20 de agosto de 2021 solicitó a PROTECCIÓN S.A. pruebas de la asesoría y reasesoría, frente a lo cual se le indicó la consolidación de la voluntad se plasmó en el formulario de afiliación. También presentó ante COLPENSIONES solicitud de afiliación y autorización de traslado al RPM, pero se señaló que le faltaban menos de diez años para cumplir la edad para pensionarse, por lo cual no se podía acoger la petición.

Contestaciones:

Colpensiones: aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento, la afiliación realizada por la demandante al RAIS y la reclamación elevada. Se opuso a todas las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó: carga dinámica de la prueba – particularidades del caso, sobre la solicitud judicial de traslado de régimen pensional de quienes ostentan el estatus de pensionado, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación, prescripción, devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados, buena fe de Colpensiones, improcedencia de condena en costas y compensación.

Protección S.A.: aceptó igualmente los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación realizada al RAIS y la solicitud elevada. Manifestó oposición a las pretensiones y como excepciones de mérito propuso 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 declara 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.

Sentencia de primera instancia:

El 31 de octubre de 2022, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ la ineficacia de la vinculación al RAIS a la AFP PROTECCIÓN S.A. en relación con la demandante, que aparece realizada el 1o. de marzo de 2008. DISPUSO que la actora esté vinculada al RPM administrado por COLPENSIONES y CONDENÓ a esta entidad a tenerla como su afiliada y a consolidar en la historia pensional todo el tiempo servido o cotizado al sistema general de pensiones. CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar al RPM administrado por COLPENSIONES y a la ejecutoria de la providencia, todos los valores de la cuenta de ahorro individual que incluyan además los rendimientos. La AFP deberá devolver o entregar, dentro del mes siguiente, de su propio peculio y debidamente indexados, los valores de los aportes pensionales destinados a cuotas o gastos de administración, y CONDENÓ a COLPENSIONES a recibir y/o cobrar esos dineros. DECLARÓ no probadas las demás excepciones de fondo propuestas e impuso costas en favor de la demandante; como agencias en derecho fijó la suma de 2 SMLMV, sin costas a cargo ni en favor de COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión expuso que la información exigida por la ley debe de ser suficiente, amplia y oportuna, esto es, al momento de brindar la asesoría y durante toda la vinculación. Se deben referir las prestaciones de las cuales se tenga derecho, para que los posibles afiliados tengan juicios claros y objetivos para tomar una decisión, toda vez que la escogencia del régimen pensional debe de realizarse de manera libre y voluntaria; de no ser así, quedará sin efecto alguno. Agregó que las administradoras de fondos de pensiones son responsables ante los afiliados por cualquier infracción, error u omisión en el desarrollo de la actividad administradora. Además, la prueba de la diligencia y cuidado incumbía en este caso a PROTECCIÓN S.A., quien no demostró haber cumplido con el deber de información. Por último, señaló que la exigencia del deber de información cobija a los afiliados de ambos regímenes pensionales, a los beneficiarios del régimen de transición, a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones y a los que han realizado traslado entre regímenes y administradoras, pues no hay razón constitucional válida para afirmar que sólo unas personas tengan ese derecho y otras no.

Consulta:

Con ocasiones de las órdenes que le fueron impuestas a **Colpensiones**, se envió el expediente a este Tribunal para conocer del proceso en grado de Consulta.

Alegatos:

Colpensiones: manifestó que la demandante tenía 20 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo cual no era beneficiaria del régimen de transición y para su caso no es posible aplicar la sentencia SU-062 de 2010 que permite el traslado en cualquier tiempo.

Para la fecha de afiliación a PROTECCIÓN la actora no tenía 50 años y menos contaba con una pensión de invalidez, atendiendo a lo señalado en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, aquella no se encontraba excluida del RAIS y estaba habilitada para ejercer la libertad de elección.

Recalcó que COLPENSIONES carece de legitimación por pasiva, toda vez que no tuvo participación o injerencia en el acto constitutivo de la afiliación al régimen pensional de la demandante; además, desconoce las circunstancias en que se dieron estos supuestos. No se puede pregonar que es deber de las AFP demostrar haber cumplido con el deber de información, pues esto se traduce en una responsabilidad objetiva, como erróneamente se ha interpretado a partir del artículo 1604 del Código Civil. Por el contrario, la afiliación a una administradora de pensiones supone deberes recíprocos.

Insistió que la interesada nunca estuvo afiliada al ISS, por lo que la ineficacia o nulidad resultaría inoponible frente a terceros de buena fe, como es el caso de COLPENSIONES.

II. CONSIDERACIONES:

Problema Jurídico

Los problemas jurídicos para resolver en esta instancia de conformidad con la apelación formulada y el grado jurisdiccional de consulta serán: (i) Determinar si el acto jurídico que generó la vinculación de la actora al RAIS resulta o no eficaz; (ii) establecer los efectos de que la primera afiliación de la demandante fue al RAIS; (iii) Establecer qué conceptos está obligada a devolver **Protección S.A.** a **Colpensiones** y (iv) Revisar si operó la prescripción.

Pruebas relevantes

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

1. La señora **Maria Angélica Ariza Vargas** suscribió formulario de vinculación al RAIS a través de **Protección S.A.** el **1° de marzo de 2008** (005/pág. 77).
2. Certificación de **Colpensiones** del 23 de noviembre de 2021 donde se lee que la demandante no está afiliada a esta AFP (005/ pág. 95)

Efectuada la anterior anotación procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos puestos en su conocimiento.

De la obligación de información al momento de vincularse al Sistema General de Pensiones Consagrado en la Ley 100 de 1993

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 SL1688-2019, SL4360-2019, SL4426-2019, SL2611-2020, SL2877-2020, SL1217-2021 y SL755-2022.

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, la primera y única afiliación de la demandante la hizo al RAIS a través de **Protección S.A.** el **1° de marzo de 2008**, ciclo para el cual la jurisprudencia interpretando 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 SL1452-2019 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 de la afiliación a este fondo y no al RPM

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 a la posible afiliada 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 la afiliación.

En lo que respecta al presente asunto, **Protección S.A.** al dar respuesta a la demanda indicó que la afiliación de la actora estuvo precedida de una asesoría integral y completa; sin embargo, más allá de esta afirmación no se trajo al proceso prueba de que se entregó a la demandante una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales y que la misma fue suministrada en un lenguaje claro, simple y comprensible para la fecha de la suscripción del formulario de afiliación¹, debiendo recordarse que la suscripción de este documento apenas implica que hubo un consentimiento libre de vicios² pero no informado.

¹En lo referente a la aplicación de la carga de la prueba se indicó en sentencia SL-081-2021, lo siguiente: “Por tal razón, si la parte actora alude a la ausencia de tal información, como ocurre en este caso, no es de su cargo demostrar tal omisión, pues corresponde a un hecho negativo. Por el contrario, es deber de la AFP traer a juicio los elementos de prueba que permitan establecer que, al momento de la afiliación, brindó las explicaciones suficientes y veraces sobre las consecuencias, beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Así, si a la administradora se le adjudica el incumplimiento de su deber profesional y de no actuar con diligencia, entonces incumbe a ésta acreditar que sí atendió tales obligaciones. Además, es la entidad quien se encuentra en mejor posición probatoria para allegar los elementos de prueba requeridos para esclarecer hechos como los que aquí se discuten.”

² Sentencias SL-4426-2019, SL-782 de 2021 y SL-1743 de 2021.

Es importante señalar que si bien la actora se afilió inicialmente a Protección S.A., en estos casos debe entenderse que la selección del régimen pensional debió darse de manera libre y voluntaria como lo exige la ley 100 de 1993 en su artículo 13 literal b; no obstante, al declararse la ineficacia de la afiliación inicial, en este proceso judicial la actora manifiesta su interés de pertenecer al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy en día por Colpensiones, resaltándose que la **ratio decidendi** de las providencias enunciadas en esta providencia sí resultan plenamente aplicable a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por primera vez, debido a que lo relevante de estos casos es que se acredite dentro del proceso por la AFP privada que suministró la información clara, completa, suficiente, en términos de transparencia y eficiencia, lo cual no se acreditó.

Y es que, sobre las obligaciones que recaen en las administradoras de pensiones es bastante ilustrativa la sentencia SL782-2021, 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.”

De otro lado, es necesario recordar que situaciones como la permanencia por un lapso significativo de tiempo en el RAIS y 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 SL3349-2021, 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.”

El juzgado del conocimiento declaró la ineficacia de traslado a **Protección S.A.**; sin embargo, a partir de lo expuesto, encuentra la Sala que al no demostrar que este fondo cumpliera con su deber de información, la consecuencia es que la afiliación inicial efectuada a este devenga ineficaz de conformidad con lo

establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por lo que se **CONFIRMARÁ** el fallo de instancia en tal sentido.

De los efectos de la ineficacia

El juzgado de primera instancia ordenó a **Protección S.A.** a trasladar a **Colpensiones** todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora que incluyan además de los aportes concretamente destinados a la cuenta de ahorro individual, los rendimientos. Asimismo, a devolver o entregar, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de este fallo, de su propio peculio y debidamente indexados, los valores de los aportes pensionales que recibió de la parte accionante o en su favor destinados a cuotas o gastos de administración del artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Por su parte, le ordenó a **Colpensiones** a recibir estos dineros.

Este aspecto fue precisado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL4360-2019, 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 de la afiliación.

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 la demandante.

La forma en que se debe interpretar el artículo 1746 del Código Civil, es bien explicada en la sentencia SL2877-2020, 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 período en que la actora estuvo vinculada 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.

En lo que toca con el pago de **seguros previsionales**, se debe indicar que dichos pagos obedecieron a una vinculación declarada ineficaz y en tal sentido hay una disminución en el valor del porcentaje que debió corresponder a **Colpensiones**, desmejora que debe asumir el fondo de pensiones generador de la ineficacia, y es por ello que la jurisprudencia ha indicado que deben ser reconocidos con cargo al patrimonio de los fondos de pensiones como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias SL755-2022, SL756-2022 y SL779-2022.

Por último, en lo referente a la **indexación** de las sumas a trasladar, punto objeto de apelación por la AFP privada, es relevante recordar que tal orden se justifica en la necesidad de que los recursos devueltos sean actualizados sin que pierdan su capacidad adquisitiva por cuanto tienen como objeto la financiación de un prestación pensional en el régimen de prima media (Sentencias SL3465-2022, SL2229-2022 y SL3188-2022), debido a que la indexación no implica el incremento del valor de los conceptos a devolver, toda vez que su propósito se dirige únicamente a evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción de los dineros con los que se financiará la pensión por el transcurso del tiempo. Tal reevaluación monetaria no va en contravía de la devolución los conceptos ordenados, por cuando, estos se sustentan en lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y la sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008.

Así las cosas, debido a que la sentencia se conoce en 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 ha identificado los siguientes:

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 RPM³.

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 comprador⁴.
3. Los **gastos de administración**⁵, concepto consagrado 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 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 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 beneficios⁶, (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 pensiones⁷.

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados⁸.

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

³Se 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.

⁴Se 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.

⁵ 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.

⁶ Sentencia SL-4360-2019.

⁷ Sentencia SL-2877-2020.

⁸En 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.

del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016⁹.

A partir de lo explicado, encuentra la Sala que le asistió razón al juez de primera instancia en cuanto a los conceptos que ordenó trasladar y la necesidad de que los mismos sean trasladados con la respectiva indexación y en ese sentido se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia; sin embargo, se **ADICIONARÁ** la sentencia, en el sentido que, se condena a **Protección S.A.** a trasladar a Colpensiones: (i) los conceptos que comprende las sumas adicionales de la aseguradora tales como primas de seguros de invalidez, muerte y la prima de reaseguros de Fogafin, en caso que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para ese rubro, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a Colpensiones debidamente indexados y (ii) el aporte correspondiente al fondo de la garantía de pensión mínima indexado.

Finalmente, atendiendo al actual precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹⁰ se **ADICIONARÁ** la decisión que ordenó a **Protección S.A.** que al momento de cumplir con la orden de traslado de los recursos, 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.

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 SL1688-2019, SL3202-2021 y SL3199-2021.

Costas procesales

Las costas procesales de la primera instancia quedan como lo dijo el juzgado del conocimiento. En la segunda instancia no se causaron por haberse conocido del asunto en grado de consulta.

III. DECISIÓN:

⁹En 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.

¹⁰ En este sentido se pueden consultar las sentencias CSJ SL 4297-2022, CSJ SL 4322-2022 y CSJ SL-3465-2022.

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: CONFIRMAR la providencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín el 31 de octubre de 2022, en el proceso ordinario adelantado por **MARÍA ANGÉLICA ARIZA VARGAS contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia, para en su lugar **CONDENAR a PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**: (i) los conceptos que comprende las sumas adicionales de la aseguradora tales como primas de seguros de invalidez, muerte y la prima de reaseguros de Fogafín, en caso que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para ese rubro, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a Colpensiones debidamente indexados y (ii) el aporte correspondiente al fondo de la garantía de pensión mínima indexado.

TERCERO: ORDENAR que **PROTECCIÓN S.A.**, al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a **COLPENSIONES**, estos 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.

CUARTO: Las costas procesales quedan como se dijo en la motivación de esta providencia.

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

LOS MAGISTRADOS


CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ



ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ

Con salvamento de voto

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación 05001310502220210047601

Respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria, en tanto en el asunto bajo estudio no se presenta un cambio de régimen pensional por una indebida asesoría y ausencia del deber de información que diera lugar al traslado del RPM al RAIS; por el contrario, se está frente a una primera afiliación al sistema general de pensiones, lo que ocurrió el 2 de marzo de 2008, como se verifica con el formulario de afiliación y en el historial del SIAFP (páginas 39 y 40, archivo 011).

Dicho criterio ha sido reiterado por la Sala de Descongestión del máximo órgano de la justicia laboral en sentencias SL494-2020, SL4211-2021, SL3414-2022 y SL1806-2022; en la última de estas se precisó:

“Así las cosas, si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).

Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem.”

Igualmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL9388-2022 señaló:

“Corolario de lo anterior, se tiene que la tutelante perdería su calidad de afiliada al Sistema General de Pensiones, y a quien además debería restituírsele lo que la AFP recibió con ocasión a su vinculación al RAIS, y si bien en virtud del contenido del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 puede efectuar nuevamente su afiliación libre y voluntaria en Colpensiones, ello lo deberá hacer a título de afiliación inicial, situación que haría nugatorio su derecho a la pensión de vejez y, de manera consecuente su derecho a la seguridad social, en consideración a que en la actualidad tiene 54 años de edad y nunca estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones.

Así las cosas, la ineficacia de su afiliación al RAIS, no puede derivar como consecuencia en el traslado de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones; aunado que, acceder a la pretensión de la señora Gil Savastano, es decir, ordenar su afiliación a dicha entidad, correspondería a un traslado llano y simple, que en su caso no está permitido en los términos contenidos en el art. 2º de la Ley 797 de 2003, por cuanto le faltan menos de 10 años para adquirir la edad mínima de pensión.”

En los anteriores términos dejo expuestas las razones que me llevan a disentir de la decisión acogida por la Sala.


ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
MAGISTRADA