

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA LABORAL

Acta No. 187

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Nora Elena Patiño Gómez
DEMANDADAS	Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.
RADICADO	05001310501120200018801
TEMA	Ineficacia de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Confirma y revoca sentencia

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

AUTO

Se reconoce personería a la doctora DANIELA ECHEVERRY GARCÍA para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Igualmente, se reconoce personería a la doctora MARÍA ALEJANDRA RAMÍREZ OLEA para actuar como apoderada inscrita de la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S. a fin de que represente los intereses de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SENTENCIA

Procede la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, con ponencia de la magistrada ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ a resolver los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 2 de mayo de 2023 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín,

así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

DEMANDA

NORA ELENA PATIÑO GÓMEZ pretende que se DECLARE (i) que la asesoría brindada por PROTECCIÓN S.A. para el traslado a dicho fondo, careció de información clara, cierta, transparente y suficiente; (ii) la ineficacia del traslado del RPM al RAIS efectuado el 1o. de septiembre de 1997; (iii) que la afiliación al RAIS no produjo efectos; y, como consecuencia; (iv) que la afiliación al RPM siempre estuvo vigente; y, (v) que la mesada a reconocer por PORVENIR S.A. es inferior a la que le otorgaría COLPENSIONES.

Como consecuencia de lo anterior, pide que se ORDENE (i) el regreso automático del RAIS al RPM; (ii) a PORVENIR S.A. devolver inmediatamente al RPM todos los valores recibidos en el RAIS, los cuales reposan en la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y sumas adicionales de las aseguradoras con sus respectivos frutos e intereses, y porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima; (iii) a PORVENIR S.A. la devolución al RPM de los gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos; y, (iv) a COLPENSIONES aceptarla en el RPM.

HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 11 de noviembre de 1966, por lo que tiene más de 53 años. Se afilió al ISS el 26 de diciembre de 1988 y el 1o. de septiembre de 1997 se trasladó al fondo privado PROTECCIÓN S.A., el cual realizó una asesoría y presentación engañosa, falsa e incompleta y carente de buena fe; el asesor le hizo ver la imperiosa necesidad de pertenecer al RAIS y no le suministró una información clara y comprensible respecto del traslado de régimen pensional, sus consecuencias negativas y las diferencias

existentes en cada régimen. La principal razón aducida fue que se corría el riesgo de que el ISS entrara en quiebra y cesara el pago de las pensiones. Posteriormente, se trasladó entre fondos privados, primero a COLPATRIA S.A., luego a HORIZONTE S.A. y por último a PORVENIR S.A. En mayo de 2018 pidió a la AFP una proyección de la mesada pensional, ante lo cual se le indicó que en el RPM sería de \$2.353.700 y en el RAIS de \$781.242. El 11 de octubre de 2018 solicitó a COLPENSIONES el traslado del RAIS al RPM, pero obtuvo respuesta negativa. Cuenta con más de 1000 semanas cotizadas.

CONTESTACIONES

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a todas las pretensiones y aceptó los hechos relativos a fecha de nacimiento, la edad de la actora, que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con 35 años cumplidos o 15 años de cotizaciones, la fecha de traslado al RAIS, la reclamación elevada ante la entidad y las semanas cotizadas a la fecha. Por último, propuso las excepciones de mérito que denominó: carga dinámica de la prueba – particularidades del caso, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación, improcedencia de la indexación de las condenas, prescripción, devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados, buena fe, improcedencia de condena en costas y compensación.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones y dijo ser cierta la edad de la demandante, que a la fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 no contaba con 35 años y tampoco con 15 de cotizaciones, la afiliación a dicha AFP y los traslados realizados entre fondos privados. 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 y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de

administración cuando se 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.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. también se opuso a todas las pretensiones (archivo 001, páginas 303-305), señaló no constarle y que no son ciertos los hechos de la demanda y formuló en su defensa las excepciones de fondo de: prescripción, prescripción de la acción por nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 2 de mayo de 2023, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ ineficaz la vinculación de la demandante al RAIS, por medio de las AFP PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A. ORDENÓ a PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, gastos de administración con todos sus frutos e intereses, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, la prima de reaseguro de FOGAFÍN que se hubiere generado y los aportes al fondo de solidaridad pensional causados en el tiempo que la actora estuvo vinculada a dicha administradora.

ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A. trasladar los aportes de la demandante consistentes en los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, la prima de reaseguro de FOGAFÍN que se haya generado y los aportes al fondo de solidaridad causados en el tiempo que la actora estuvo vinculada a dicha administradora.

ORDENÓ a las AFP indexar los dineros a devolver y DISPUSO que, al momento de cumplir la orden, los conceptos aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los

ciclos, IBC, aportes y demás información importante que los justifique. Señaló que los valores deben ser consignados por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES quien deberá recibirlos y reactivar la vinculación de la demandante al RPM sin solución de continuidad.

CONDENÓ en costas a PROTECCIÓN S.A. con agencias en derecho de \$1.740.000, a PORVENIR S.A. con agencias en derecho \$1.160.000 y a COLPENSIONES en cuantía de \$580.000. Determinó que “NO PROSPERA” la excepción de prescripción propuesta por las sociedades demandadas, ni la de compensación formulada por COLPENSIONES y ABSOLVIÓ a las accionadas de las demás pretensiones.

La decisión se fundó en el incumplimiento del deber de información del fondo privado, que se abstuvo de realizar una ilustración completa, clara y oportuna sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional de la actora, sin que el llano consentimiento vertido en el formato afiliación se entienda como la exteriorización de la voluntad informada.

RECURSOS DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso parcial contra la decisión, en lo relativo al traslado de las primas de reaseguro de FOGAFÍN, por tratarse de una entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, encargada de proteger los ahorros de los ciudadanos depositados en bancos, corporaciones financieras, compañías de financiamiento y sociedades especializadas en depósitos electrónicos. Señaló que aquella surgió a partir del artículo 99 de la Ley 100 de 1993, se encuentra regulada en la actualidad por la resolución 05 del 2009, en la cual no se señala que las administradoras de pensiones deban devolver algún tipo de prima. Puso de presente que el artículo 163 de la Ley 1450 de 2011 dispuso la eliminación de la garantía de FOGAFÍN a las administradoras de cesantías y pensiones del RAIS y la obligación de estas aseguradoras de trasladar las reservas existentes que se guardaron para cubrir la contingencia al tesoro nacional, dada la condición de garante que tiene la nación en este sistema. De lo anterior se puede desprender que desde la entrada en vigencia de la

Ley 100 de 1993, el concepto mencionado en la sentencia de primera instancia nunca ha sido descontado a la afiliada y que siempre ha sido la administradora la que lo ha asumido; por ello la condena impuesta debe ser revocada.

Por su parte PORVENIR S.A. reiteró que la afiliación de la demandante fue completamente válida, estuvo precedida de una asesoría clara, expresa, veraz, completa y oportuna. Por ello no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia de traslado, pues la afiliada contó con todas las posibilidades de conocer las características y condiciones; adicionalmente, la exigencia de una asesoría diferente a los posibles afiliados se dio con posterioridad a la vinculación de la actora, cuya única motivación hoy es el monto de pensión.

Frente a los conceptos objeto de devolución, precisó que no deben ser trasladadas, de acuerdo al artículo 20 de la precitada Ley 100 de 1993, ya que durante el periodo de afiliación la AFP cumplió con la finalidad de proporcionar el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte. En estos casos ha señalado la Superintendencia Financiera que deben respetarse las restituciones mutuas, conforme a lo señalado por el artículo 1746 del Código Civil, independiente del motivo que diera lugar a la ineficacia. No ordenar las restituciones mutuas genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, máxime si se tiene en cuenta la imposición de una doble condena a cargo de la AFP quien, además de entregar los rendimientos y las sumas previstas por el Juez, debe hacerlo de manera indexada.

COLPENSIONES apeló lo relativo a la condena en costas, dado que la entidad es llamada a este tipo de procesos con el fin de recibir y tener como afiliados a los demandantes y en un futuro, en caso de cumplir los requisitos normativos, reconocer una pensión de vejez. Si bien la condena en costas se impone a la parte vencida en juicio, en este caso es la administradora del RAIS la que no cumplió la obligación de dar una debida asesoría a la actora respecto al traslado de régimen pensional, sin que se demostrara al interior del proceso que haya existido responsabilidad por parte de la administradora del RPM.

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, COLPENSIONES manifestó que la demandante se trasladó al RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones, afiliación que se encontraba regida por el Decreto 663 de 1993. Por ello se debe analizar la información suministrada a la accionante con base en la normatividad vigente al momento de la suscripción del formulario y no es válido imponer cargas a las administradoras que no se encontraban previstas en el ordenamiento jurídico. Señaló que en el transcurso del proceso la parte no aportó prueba alguna en la que demuestre los hechos que alega y que con la figura de la carga dinámica se exima de acreditar mínimamente lo alegado en la demanda. Precisó que la declaratorias injustificadas de ineficacia del traslado afectan el principio de la sostenibilidad financiera y pone en riesgo a los demás afiliados al sistema de seguridad social.

PORVENIR S.A. manifestó que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, por cuanto a la demandante se le brindó información teniendo en cuenta lo preceptuado en la normatividad vigente para la fecha de traslado. Insiste en que se revoque lo relativo a los conceptos a devolver, por cuanto dichos descuentos son autorizados por mandato legal, cumplieron su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se destinaron a cubrir los gastos en los que se incurrió para la generación de frutos o rendimientos. También pide que se no se ordene la indexación de la condena, ya que con la devolución de los rendimientos se estaría resarciendo el detrimento del valor económico de los aportes; por lo tanto, se estaría realizando una doble condena a la entidad. En relación a las costas del proceso, la entidad siempre ha actuado de buena fe y en busca del beneficio de la demandante.

La parte actora solicitó se confirme la sentencia por estar acorde con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y se condene en costas en segunda instancia a las demandadas.

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 la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (ver formulario en el archivo 001, folio 287) y de manera posterior a afilió a COLPATRIA S.A, hoy PORVENIR S.A. (ver formulario en el archivo 001, página 337).

Así las cosas, el Tribunal debe definir si es ineficaz el traslado de régimen pensional de NORA ELENA PATIÑO GÓMEZ a PROTECCIÓN S.A. y consecuentemente, en caso de proceder la declaratoria de la ineficacia, se deberán analizar los conceptos a devolver por el fondo privado, si procede la indexación, la operancia de la excepción de prescripción y la condena en costas a la administradora pública. Ello con ocasión a los recursos presentados por las demandadas, así como 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 PROTECCIÓN S.A., pues si bien aportó el formulario de afiliación a dicha entidad (ver archivo 001, página 287), 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 al demandante como su afiliado, cumplió con los imperativos profesionales de información.

En el caso objeto de estudio, tampoco se advierte confesión de la actora, pues en el interrogatorio de parte refirió que el asesor acudió a su lugar de trabajo por alrededor de dos a tres minutos, tiempo en el que suministró a un grupo de personas información referente a que el ISS se iba a acabar, que su pensión con el fondo privado sería mejor, inclusive podría pensionarse de manera anticipada, sin que existiera mayor explicación frente al tema de cómo funcionaba el 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, la actora se trasladó al RAIS el 1º. de septiembre de 1997 (ver archivo 001, folio 288), lo que se corresponde con el primer momento, por lo que según lo expresado en la sentencia SL1452-2019, la obligación de la administradora privada era la de brindar una información necesaria y transparente.

Sobre dichas obligaciones de las AFP, 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.

Se tiene entonces que PROTECCIÓN 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 desde allí el traslado resulta ineficaz, lo que genera como consecuencia que la afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, por lo que debe **CONFIRMARSE** la providencia de primera instancia en tal sentido.

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

Ahora, con relación a los valores a devolver por las AFP, 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. 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 el demandante no se hubiese trasladado. Además, es claro que en la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas 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.

Además, 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 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. **Gastos de administración**³, 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 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 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.

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.

³ 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.

⁴ Sentencia SL-4360-2019.

⁵ Sentencia SL-2877-2020.

Finalmente, se recuerda la necesidad de que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio **y se entreguen debidamente indexados**⁶, 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 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 7o. del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016⁷.

PROTECCIÓN S.A. asegura que no descontó la prima de reaseguros de Fogafín durante el tiempo que el extremo actor permaneció en el fondo privado, a más que dicho descuento se eliminó por el artículo 163 de la Ley 1450 de 2011.

Sobre el particular basta con indicar que la demandante se trasladó al RAIS el 1o. de septiembre de 1997 (ver archivo 001, folio 288), de manera que si la prima de reaseguro desapareció del ordenamiento jurídico con la norma referida por la AFP, lo lógico es que PROTECCIÓN S.A. los descontara de conformidad al artículo 20 de la Ley 100 de 1993 antes de su expedición, por ende, resulta acertado que devuelva lo correspondiente a la prima de reaseguro de Fogafín, debidamente indexada 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, por lo que se **ADICIONARÁ** la sentencia en ese sentido.

⁶En 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.

⁷Respecto de este particular se puede consultar la sentencia SL 2877-2020, providencia en la cual la Corte Suprema de Justicia encontró procedente 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.

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 el Juez A quo.

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.

CONDENA EN COSTAS A CARGO DE COLPENSIONES

Le asiste razón a la administradora del RPM respecto a la ausencia de causación de costas a su cargo, como quiera que no tuvo injerencia en el cambio de régimen pensional del demandante, además que no está llamada a declarar por su propia cuenta la ineficacia del traslado

y se le impone la obligación de recibir la afiliación, con todo lo que esta implica. Por tal motivo, la Sala **REVOCARÁ** la sentencia en este punto.

Las costas procesales de la primera instancia estarán a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. En esta instancia corren por cuenta de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. al no salir avantes los recursos de apelación. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma equivalente un SMMLV para cada una.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la prima de reaseguros de Fogafín, 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.**

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral sexto de la sentencia en lo que tiene que ver con las costas procesales impuestas en primera instancia a COLPENSIONES, para en su lugar ABSOLVER a esta entidad de tal condena.

TERCERO: En lo demás se **CONFIRMA** la decisión.

CUARTO: Las costas procesales y agencias en derecho como se dejó dicho 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