

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA LABORAL

Acta No. 185

| | |
|------------|--|
| PROCESO | Ordinario laboral |
| DEMANDANTE | María Elizabeth Saldarriaga Arboleda |
| DEMANDADAS | Colpensiones y Porvenir S.A. |
| RADICADO | 05001310502320210017001 |
| TEMA | Ineficacia de traslado de régimen pensional – pensión de vejez |
| DECISIÓN | Adiciona y confirma 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 los recursos de apelación interpuestos por la demandante, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 28 de marzo 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 ELIZABETH SALDARRIAGA ARBOLEDA pretende que se DECLARE la ineficacia de la afiliación al RAIS con PORVENIR S.A. y, por ende, que permaneció vinculada al RPM sin solución de continuidad. Pide que se CONDENE a (i) PORVENIR S.A. a trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, entidad que deberá recibir e imputar los dineros en la historia laboral; (ii) COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, de manera retroactiva desde que cumplió los requisitos exigidos, con intereses moratorios o indexación; y, (iii) PORVENIR S.A. a la indemnización por perjuicios.

HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones indicó que nació el 17 de junio de 1963, por lo que cumplió 57 años el mismo día en 2020. Cotizó 487 semanas al RPM por medio del otrora ISS, entre el 30 de enero de 1985 y el 31 de mayo de 1994. Mientras prestaba servicios como secretaria para la empresa PIGMENTOS Y PRODUCTOS QUÍMICOS S.A. se trasladó al RAIS por medio de PORVENIR S.A. Esto ocurrió el 19 de mayo de 1994, cuando un asesor de esa AFP la abordó y le expuso las ventajas del régimen privado, entre ellas el acceso a una pensión superior a la del RPM sin sujeción al requisito de la edad, pero no le explicó las modalidades pensionales y el derecho de retracto, ni efectuó un comparativo entre ambos regímenes; por tanto, no le fue suministrada una información suficiente y precisa. En julio de 2020 acumulaba 1790 cotizadas durante toda su vida laboral. Formuló petición a PORVENIR S.A. para la elaboración de una simulación pensional e información del saldo en la cuenta de ahorro individual, ante lo cual se le manifestó que el capital ahorrado es insuficiente, por lo que podrá optar por una prestación bajo la modalidad de garantía mínima. La pensión en el RPM correspondería a \$1.701.243 para el año 2020. Sostiene que se causaron perjuicios morales y patrimoniales ante la preocupación constante por la cuantía de la mesada pensional, además del retroactivo dejado de percibir

y la asesoría jurídica que tuvo que contratar. Acudió a COLPENSIONES a solicitar el cambio de régimen pensional, a lo cual no accedió la entidad.

CONTESTACIONES

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones, con fundamento en que la actora se afilió de manera libre y espontánea en 1994, luego de una amplia información acerca del funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales. Dijo que no le constan o no son ciertos los hechos de la demanda y planteó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES también se opuso a todas las pretensiones y aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al RPM, el traslado al RAIS y la reclamación elevada. Propuso las excepciones de mérito que denominó: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción, inexistencia de obligación de reconocer intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 28 de marzo de 2023, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS y la afiliación al RPM sin solución de continuidad

CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el 100% de los aportes realizados por la actora y cualquier otro valor de la cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos, asumiendo con cargo a su patrimonio las comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales y lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima,

que hubieran sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación y hasta que se haga efectivo el traslado de régimen pensional, valores que deberán ser debidamente indexados.

Agregó que, al momento de cumplir la orden impartida, PORVENIR S.A. deberá 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.

CONDENÓ a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. los aportes y a tener en cuenta el tiempo aportado en el RAIS como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral; la administradora pública deberá reconocer, liquidar y pagar a la pensión de vejez a partir de la última cotización reportada al sistema general de pensiones, conforme a la historia laboral, esto es, desde el 1o. de octubre de 2020, en caso de que cuando reclame la prestación se encuentre completamente retirada del sistema pensional al 30 de septiembre de 2020, o desde el día siguiente a la última cotización, si el empleador cotizó con posterioridad a dicha fecha. La prestación deberá reconocerse con fundamento en los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, así como artículo 21 de la Ley 100 de 1993 en lo referido al IBL, sobre 13 mesadas pensionales al año.

AUTORIZÓ a COLPENSIONES a descontar los aportes de salud del retroactivo pensional que se cause en favor de la demandante, ABSOLVIÓ a la entidad del pago de los intereses moratorios, salvo que, luego de reclamarse la pensión y acreditarse el retiro, se desborde el término de 4 meses de que trata el artículo 9 de la Ley 797 de 2002.

DECLARÓ la no prosperidad de las pretensiones formuladas por COLPENSIONES, CONDENÓ en costas a PORVENIR S.A. y fijó como agencias en derecho la suma de un SMMLV para 2023.

Sostuvo que en el asunto no obra medio de convicción que permita colegir la validez de la afiliación, como quiera que no existe certeza de la información suministrada acerca del derecho de retracto, las modalidades de pensión, las condiciones para acceder a una prestación anticipada, los

efectos negativos, entre otros; motivo por el que debe realizarse la devolución integral a COLPENSIONES de los aportes que recibió la AFP, conforme a la jurisprudencia vigente.

Señaló que la demandante llegó a los 57 años el 17 de junio de 2020, que efectuó aportes en pensión hasta septiembre de ese año, data para la cual acumuló 1.836 semanas de cotización, por lo que reconoció la prestación pensional; sin embargo, aseguró la imposibilidad de liquidar, como quiera que la actora manifestó en el interrogatorio de parte que se encuentra laborando y que no está efectuando cotizaciones.

Sobre el particular expresó que en ese sentido se entiende que el empleador está haciendo uso de la facultad del inciso 2o. del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 y acudió a la sentencia SL2556-2020 rad. 69645, en la cual se anota que una vez el trabajador cumple los requisitos para acceder a la pensión, el empleador puede sustraerse del deber de cotizar, siempre y cuando informe las circunstancias adversas en el monto de la pensión, lo cual se desconoce en el caso.

Indicó la improcedencia del pago de los intereses moratorios, ya que COLPENSIONES no ha incumplido el reconocimiento de la prestación, por lo que encontró procedente la indexación, siempre y cuando la entidad no se exceda el término legal para otorgar la pensión.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante solicita el reconocimiento del retroactivo pensional, los intereses moratorios y la imposición de condena en costas a COLPENSIONES, pues considera que se extralimitó el Juez al valorar la conducta del empleador cuando eso no se incluyó en la fijación del litigio y tampoco se encuentre acorde con los hechos expuestos en la demanda y las contestaciones frente a esta, pues en ninguna parte se dejó sentado que el empleador de manera unilateral decidió sustraerse de la obligación de realizar aportes al sistema general de pensiones. Las documentales visibles en el asunto dan fe que la trabajadora se encuentra desafiada del sistema de pensiones desde septiembre de 2020, por lo que le asiste el derecho al

pago del retroactivo desde esa data. En ese orden, como se realizó reclamación a COLPENSIONES, en caso de que no se impongan los intereses moratorios, sí debe indexarse dicha condena. Por último, deben imponerse costas a esta entidad, pues existen condenas a su cargo.

PORVENIR S.A. discrepa de la devolución de seguros previsionales y gastos de administración. En cuanto a los primeros, precisó que a la demandante se le brindó la cobertura en vigencia de la afiliación y con relación a los segundos, expresó que se descontaron de conformidad al artículo 20 de la Ley 100 de 1993; por ende, también procedía su deducción en el RPM, pues no se encuentran destinados a financiar la pensión de vejez. Además, sobre ellos operó la prescripción. Finalmente indicó la imposición de una doble condena al ordenarse la devolución indexada de dineros sobre los cuales se causaron rendimientos financieros, por lo cual no es posible disponer simultáneamente la indexación.

COLPENSIONES recurrió la decisión por considerar válida la afiliación al RAIS sin que mediara vicio del consentimiento, máxime cuando los requisitos para acceder a la pensión de vejez se encuentran consolidados, de manera que se configura la inexistencia de la obligación a cargo de la entidad para reconocer y pagar la referida prestación. En caso de mantener la decisión, señaló que debería darse la oportunidad de recibir los dineros junto con los soportes, para que luego de la activación de la afiliación, la parte demandante acuda vía administrativa a reclamar la pensión.

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, 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.

COLPENSIONES razonó acerca de la afectación a la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones con la declaración de ineficacia de traslado, pues se pone en riesgo el derecho pensional de los demás afiliados. Solicitó, en caso de confirmarse la sentencia, ordenar a la AFP devolver el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto, junto con los archivos planos para el cargue de la historia laboral. Finalmente se opuso al reconocimiento de la pensión de vejez, debido a que no cuenta siquiera con la información pensional de la actora, necesaria para establecer la densidad de semanas y el IBC.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de controversia que la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD- al de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, por medio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (ver formulario en el archivo 006, folio 75)

Así las cosas, el Tribunal debe definir si es ineficaz el traslado de régimen pensional de MARÍA ELIZABETH SALDARRIAGA ARBOLEDA a PORVENIR S.A. y, consecuentemente, en caso de proceder la declaratoria de la ineficacia, se deberán analizar los conceptos a devolver por el fondo privado, el reconocimiento de la pensión de vejez, si es procedente la indexación, la operancia de la excepción de prescripción y la condena en costas. Ello en consonancia con las materias objeto de los recursos de apelación presentados 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 se aportó el formulario de traslado a dicha entidad, en el cual se hizo constar que la escogencia del régimen de ahorro individual se efectuó de forma "libre, espontánea y sin presiones" (archivo 006, folio 75), 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 del extremo demandante, pues en el interrogatorio de parte refirió que es técnica en secretariado comercial y en la actualidad labora como auxiliar de almacén para la empresa BYBRANDS COLOMBIA, sociedad a la que presta servicios mediante contrato de trabajo desde el 8 de enero de 1985, época para la que se llamada PIGMENTOS, pero no cotiza a pensión por haber cumplido la edad. Manifestó que en el año 1994 la sobrina del gerente general acudió a la empresa y le insistió en varias ocasiones para efectuar el cambio de régimen, lo único que recuerda que le informaron fue que se pensionaría cuando quisiera.

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 diciembre de 1994 (archivo 006, folio 76) lo que se corresponde con el primer momento, por lo que según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019, la obligación de la administradora privada era la de brindar una información necesaria y transparente.

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."

Se tiene entonces que PORVENIR S.A. no cumplió con la carga de probar el haber realizado 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

Ahora, con relación a los valores a devolver por los fondos privados, 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 no se hubiera surtido el traslado. 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

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.

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.

Finalmente, se recuerda la necesidad 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

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.

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.

esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016⁷.

Por lo anterior, es necesario **ADICIONAR** la sentencia para **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que además de lo dispuesto por el juez, teniendo como base la sostenibilidad financiera del sistema, la apelación de COLPENSIONES y que la presente sentencia se revisa en grado jurisdiccional de consulta, 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, postura que comparte la Sala.

PENSIÓN DE VEJEZ

Determinada la procedibilidad de la ineficacia de traslado, se verificará si a la demandante le asiste el derecho a la pensión de vejez en aplicación de la Ley 797 de 2003.

De las pruebas documentales que obran en el expediente, en especial la historia laboral de PORVENIR S.A. (archivo 006, folios 77 a 86), la Sala encuentra que efectivamente hay lugar a reconocer la prestación pensional, toda vez que la actora cotizó 1.836 semanas en toda su vida laboral - realizó el último aporte en septiembre de 2020-. Llegó a los 57 años el 17 de junio de 2020, pues nació el mismo día del año 1963 (ver archivo 008, página 7), requisito contenido para las mujeres en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o. de la Ley 797 de 2003.

No obstante, al igual que lo señaló el juez, no es posible elaborar los cálculos aritméticos para obtener el valor de la primera mesada pensional, debido a

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.

que la demandante en el interrogatorio de parte manifestó que se encuentra vinculada mediante contrato de trabajo y *“como ya había cumplido la edad no le siguieron cotizando para pensión”*, sin que de esa manifestación se pueda entender que conoce las repercusiones de tal omisión en el cálculo de la mesada pensional.

Sobre el particular en principio podría entenderse aquel actuar como muestra de la desafiliación de la activa al sistema, empero, se desconoce si esa circunstancia fue consentida por la demandante; incluso se debe anotar que ni en la historia laboral ni en el reporte de movimientos se observa el reporte de la novedad P, la cual corresponde al retiro del sistema por cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 2388 de 2016 del entonces Ministerio de Salud y Protección Social.

En este sentido, a efecto de no causar un perjuicio a la demandante determinando una mesada inferior, ni a la entidad de seguridad social al establecer una fecha retroactiva para el pago de la prestación, se mantendrá la orden de primer grado, pues no puede escapar de la órbita del Juez laboral la posibilidad con la que cuenta la demandante de reclamar al empleador el pago de los aportes en pensiones desde el año 2020 a efectos de mejorar el valor de la mesada pensional; por ello acertada fue la orden de disponer el reconocimiento de la prestación una vez se acredite la desafiliación efectiva del sistema general de seguridad social.

Bajo esas consideraciones no es posible establecer si la historia laboral contiene la totalidad de las semanas cotizadas o en otras palabras se encuentra debidamente consolidada, circunstancia que imposibilita determinar desde cuándo procede el pago de la pensión, situación que también impide la condena por intereses moratorios e indexación.

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

No le asiste razón a la demandante respecto a la causación de costas a cargo de COLPENSIONES, pues la entidad no tuvo injerencia en el cambio de régimen pensional, 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 **CONFIRMARÁ** la sentencia en este punto.

Así las cosas, se **ADICIONARÁ** y **CONFIRMARÁ** la sentencia revisada en apelación y en grado jurisdiccional de consulta.

Las costas procesales de la primera instancia como allí se determinó. En segunda instancia no se imponen, dado que los resultados de los recursos fueron adversas.

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 segundo de la sentencia, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que traslade a **COLPENSIONES**, además de lo

ordenado, 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.

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