

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN



SALA LABORAL

Acta N°170

Proyecto discutido y aprobado en sala virtual

Medellín, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022)

En la fecha, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelven los recursos de apelación interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **ROSALBA HERNANDEZ FUENTES** contra **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita.

ANTECEDENTES

Pretensiones

La demandante solicita que se declare la ineficacia de su vinculación al RAIS; y, a través inicialmente de **Protección S.A.**, y posteriormente **Colfondos S.A.**, y **Porvenir S.A.**, a trasladar a **Colpensiones**, el valor de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las comisiones de administración y los rendimientos causados; y a **Colpensiones** a tenerlo como su afiliado sin solución de continuidad.

Hechos

La actora fue afiliada al ISS hoy **Colpensiones** desde **mayo de 1987**, se trasladó al RAIS administrado por **Protección S.A.** el día **1 de octubre de 1997**, posteriormente a **Colfondos y Porvenir S.A.**

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

Contestación Colpensiones

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

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, prescripción e imposibilidad de condena en costas.

Respuesta de Colfondos S.A.

El apoderado de la administradora manifestó que no le constan los hechos de la demanda, sin embargo, que a la demandante sí se le brindó la información necesaria al momento del traslado.

Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones: Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencias de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación, prescripción, pago y compensación.

Respuesta de Porvenir S.A.

La apoderada de la administradora manifestó que no le constan los hechos de la demanda, sin embargo, que a la demandante sí se le brindó información al momento del traslado.

Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones: Prescripción, buena fe y cobro de lo no debido.

Protección S.A.

Esta administradora de pensiones a través de apoderada, manifestó que es cierto que el demandante se vinculó a esa entidad, el 31 de octubre de 1994, luego de que se le brindara una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a Colfondos, aprovechamiento indebido de recursos públicos, reconocimiento de restituciones mutas en favor de la AFP e inexistencia de la obligación devolver seguro previsional.

Sentencia de Primera Instancia

La Juez Primera Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del 20 de mayo de 2021, **declaró** la ineficacia del traslado al RAIS, ordenando a **Porvenir S.A.**, a trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, con sus rendimientos, las cuotas de administración, seguros previsionales, fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.

Ordenó a Protección S.A., a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones, los porcentajes descontados para el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, las cuotas de administración y las primas de reaseguros, indexados desde la fecha en que se descontaron.

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

Esta decisión no la compartieron las apoderadas de las partes, motivo por cual la impugnó en los siguientes términos:

Apoderada Protección S.A.

La recurrente solicita que se **revoque** parcialmente la decisión de primera instancia, en cuanto condenó a la devolución de gastos administración y primas de reaseguros, en razón a que este descuento se encuentra autorizada por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y se causaron producto de la buena gestión de **del Fondo Privado**.

En lo referente a la devolución de las primas de seguros previsionales expresa que estas ya fueron pagadas a terceros de buena fe que protegieron frente a los riesgos de invalidez y muerte al afiliado durante el tiempo que estuvo vigente su vinculación.

Finalmente, indica que se debió declarar la prescripción de los gastos de administración, toda vez que lo pagado por estos dineros se afecta por el paso del tiempo en los términos de los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS.

Apoderada Colfondos S.A.

La recurrente solicita que se **revoque** parcialmente la decisión de primera instancia, en cuanto condenó a la devolución de gastos administración y primas de reaseguros, en razón a que este descuento se encuentra autorizada por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y se causaron producto de la buena gestión de administración, además de haberse generado unos rendimientos.

En lo referente a la devolución de las primas de seguros previsionales expresa que estas ya fueron pagadas a terceros de buena fe que protegieron frente a los riesgos de invalidez y muerte al afiliado durante el tiempo que estuvo vigente su vinculación.

Recurso Colpensiones

La apoderada de la administradora pública solicita que se adicione la sentencia de primera instancia en cuanto a ordenar a Porvenir que además de lo ordenado por el Juez de primera instancia en el numeral tercero, se ordene devolver las sumas del seguro Fogafin con sus frutos e intereses debidamente indexada.

Recurso Porvenir S.A.

La apoderada de este Fondo Privado considera que no debe declararse la ineficacia del traslado, toda vez la firma del formulario fue libre y voluntaria, hace 25 años trabaja en Fondos Privados, entonces debía conocer las particularidades de este, sumado a que su deseo de traslado es solo porque la mesada pensional es mayor en el RPM.

En caso de que se confirme la sentencia se solicita que no se ordene trasladar cuotas de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima, razón que se dio una buena gestión de administración, en razón a que son descuentos autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y se causaron producto de la buena gestión de administración.

La entidad ya devolvió capital e intereses, por lo que debe permitirse que conserve las cuotas de administración y los seguros previsionales se encuentran en manos de terceros de buena fe.

Alegatos de conclusión

Corrido el término de traslado consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020. Colpensiones, manifestó:

En este contexto y una vez estudiados los hechos de la demanda, las pretensiones planteadas por la parte demandante y el material probatorio relacionado, aportado y desarrollado en el trámite de primera instancia, no hay discusión que la señora ROSALBA HERNÁNDEZ FUENTES, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 51.803.960 nació el 18 de febrero de 1966, por lo que a la fecha de presentación de este escrito cuenta con 56 años, que presentó demanda ordinaria laboral solicitando se declarara la Ineficacia de la afiliación efectuada por aquella el 31 de octubre de 1994 a la AFP Colmena hoy PROTECCIÓN S.A. y los posteriores realizados en fecha de 30 de marzo de 2006 hacía la AFP COLFONDOS S.A. y el 11 de mayo de 2009 a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. Luego del trámite procesal impartido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia de primera instancia No. 063 del 21 de abril de 2022, declara la ineficacia de las afiliaciones efectuadas por la demandante al RAIS y reconoce las pretensiones realizadas por la señora ROSALBA HERNÁNDEZ FUENTES, ordenando a Colpensiones a tener válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante y homologar las semanas cotizadas por esta al RAIS previo recibo del correspondiente saldo de la cuenta de ahorro individual

La nulidad en materia de traslado de régimen pensional ha venido siendo materializada como el efecto o consecuencia jurídica que genera la declaratoria de ineficacia de la vinculación o traslado de régimen pensional principalmente del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, generando como consecuencia la conservación de los derechos de acceder a la prestación pensional por ser un derecho de rango constitucional, cuyo objetivo principal consiste en el “retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social (...). CSJ. SL 31989 de 2008.

El presente asunto se abordará dando una breve explicación de la definición general del concepto de INEFICACIA concepto según la RAE, proviene de la falta de eficacia, que a su vez se traduce en la “Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”. En materia legal y jurisprudencial dicho concepto se encuentra relacionado con los efectos jurídicos de existencia y validez que pueda generar un acto o negocio jurídico previamente establecido, por tanto, se manejan dos definiciones en sentido estricto e ineficacia en sentido amplio.

Como conclusión sobre estos conceptos, se evidencia que por su naturaleza no son equiparables entre sí; por cuanto el primero, la nulidad, se traduce simplemente en que el vínculo jurídico nunca nació a la vida jurídica y la ineficacia hace referencia a la legalidad del acto de la vinculación y sus efectos

hacia el futuro una vez sea. En lo referente al traslado de régimen pensional, la facultad de migrar de un régimen pensional a otro surge por disposición del artículo 13, literal e de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003 donde señaló “Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (aparte subrayado condicionado bajo el entendido que “las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste en cualquier tiempo, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002).

1) Primera Etapa: el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estableció en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de” suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”. 2) Segunda etapa: La ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, reglamentaron los derechos de los consumidores (precisando los principios y el contenido básico de la información) y establecieron el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones. 3) Tercera etapa: la Ley 1748 de 2014, el

Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N. 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, establecieron que los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a la doble asesoría, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes, esto es, a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, con el fin de que se formen un juicio imparcial y objetivo sobre las características, fortalezas y debilidades de cada uno, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado. Por lo anterior, el análisis de la información suministrada por las AFPs y el alcance de la asesoría que debieron brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; por ello, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad

para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga. Ahora y teniendo en cuenta los fallos que a propósito del tema objeto de litigio se han venido profiriendo, se solicita con todo respeto considerar lo indicado por la H. Corte Constitucional en sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, donde manifestó que nadie puede resultar beneficiario a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

Porvenir presentó alegatos en los que manifestó:

En este punto se debe anotar que, no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Prima Media con Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley pues:

La demandante es profesional y ha trabajado en todas la Administradoras de Fondos de Pensiones, de lo que se puede colegir que no hay ninguna razón para considerar que en este caso el demandante no contara con la capacidad suficiente para dar su consentimiento en el acto de vinculación a la demandada por carecer del entendimiento suficiente para comprender las implicaciones del acto jurídico que estaba llevando a cabo, pues no cabe ninguna duda de que sus condiciones académicas, culturales y sociales le daban suficiente idoneidad y aptitud para entender las consecuencias del acto de traslado de régimen de pensiones.

La accionante manifiesta que su motivo para realizar este proceso es la diferencia en la mesada pensional entre los regímenes. Por lo tanto, es palmario que lo que motiva al demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen de pensiones no reposa en la forma como este se produjo, sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría en este; monto que, como es obvio suponer, no podía ser determinado en el momento en el que se presentó su vinculación, al depender de muchas variables que no eran conocidas en su momento. Esa es la razón por la cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que de la sola circunstancia de no cumplirse las expectativas pensionales no puede predicarse un engaño en el Expediente No. 31989.

Mi representada, al momento de realizar el traslado de la parte accionada al Régimen de Ahorro Individual, cumplió con su deber de información establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues, se le entregó a la parte actora la información del Régimen de Ahorro Individual en diferentes momentos, esto es, de manera verbal en una reunión general y colectiva, otra reunión de forma personal al momento de suscribir el Formulario de Afiliación y finalmente dentro del mismo Formulario, el cual se recuerda es revisado y aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y sus requisitos se regulan en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Si lo anterior no fuera suficiente, se recuerda que, mi representada ha hecho campañas masivas para la educación del consumidor financiero y ha realizado diferentes comunicados de prensa informando cambios normativos, como se puede extraer de la documental aportada con la contestación de la demanda. Aunado a lo anterior, Se recuerda que la prueba documental que extraña el juez de primera instancia en su fallo, frente a aquellos documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte accionante pues, esta obligación surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera de Colombia, teniendo en cuenta lo anterior, no es cierto que mi representada se encuentra en una mejor posición probatoria que acredite lo solicitado.

Teniendo en cuenta lo argumentado en el aparte anterior, y a la validez de la afiliación, consideramos que, la presente condena de traslado a Colpensiones de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la parte demandante consecuentemente debe ser revocada.

Ahora bien, si de decidiera por parte del Honorable Tribunal, dejar en firme la ineficacia de la afiliación, se solicita que no se condene al traslado de los dineros descontados por Gastos de administración.

Las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica que, se encuentra en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. En el presente caso, es claro que dichos descuentos, han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFP, pues se han destinado a cubrir los gastos en que se incurrió, para la generación de frutos o rendimientos que hoy se ven de manera positiva en la cuenta de la afiliada y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad

y que no pueden retrotraerse pues la cobertura y el servicio ya se ha prestado y este último no es posible devolverlo o retrotraerlo por parte del afiliado.

Toda decisión judicial de traslado de régimen pensional, debe tener como objetivo constitucional, la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que es imperioso en la actualidad, y de acuerdo a la coyuntura económica, hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de autorizar solicitudes de traslados que no cuentan con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, tal y como se estudió por este mismo Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019 a las 2 PM en virtud de lo establecido en el artículo 35 del CGP donde decidió unificar su jurisprudencia, en sentencia dentro del proceso del proceso 05001310500720150129501 negando las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

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

Problema Jurídico

Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia de conformidad con los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta en favor de **Colpensiones**, serán: (i) Determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen de la demandante al RAIS resulta o no eficaz, (ii) Establecer que conceptos están obligados a devolver los Fondos demandados y (iii) Revisar si operó la prescripción.

CONSIDERACIONES

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

1. La señora **Rosalba Hernández Fuentes** fue afiliada al **ISS** hoy **Colpensiones** en mayo de **1987**.
2. La actora se trasladó al RAIS administrado por Protección S.A., 1° de noviembre de 1994.
3. Se trasladó a Colfondos el 1° de mayo de 2006.
4. **Porvenir S.A.**, afiliación **1 de julio de 2009**.

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

El precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un nutrido precedente en materia de la obligación de información de los fondos de pensiones, siendo sus sentencias fundantes la 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, a las que ha seguido una copiosa producción al resolver recursos de casación en las sentencias SL1688 de 2019, SL4360 de 2019, SL4426 de 2019, SL2611 de 2020, SL2877 de 2020, SL-1217 de 2021 y SL782 de 2021.

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

En el caso sometido a estudio, el traslado al RAIS a través de **Protección S.A.** se hizo efectivo el día **1 de noviembre de 1994**, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual la jurisprudencia en interpretación del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 ha exigido la demostración por parte de las administradoras de pensiones del cumplimiento del deber entregar una información necesaria y transparente, conceptos que se explican en la sentencia SL-1452-2019 de la siguiente forma:

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

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

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

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

En lo que respecta al caso de autos, **Protección S.A.** al contestar la demanda, indicó que antes de efectuarse la suscripción del formulario de traslado, le suministró a la actora una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, sin embargo, consultado el expediente no se advierte prueba alguna que permita establecer que existió una información cualificada al momento de la vinculación.

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

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

Es importante dejar claro que no es de recibo la apreciación de la parte actora en que como la demandante ha trabajado para Fondos Privados, entonces tiene la obligación de conocer cómo funciona, ello porque la misma actora desde la demanda manifestó que era exigencia que se afiliara a cada fondo que iba a trabajar para que pudiera ingresar a laborar, además valga decir, que lo que se reprocha es el traslado efectuado del RPM al RAIS y para aquel entonces no trabajaba para ninguna administradora.

Tampoco tiene razón Porvenir en cuanto que con la firma del formulario la actora lo hizo de manera libre y voluntaria, toda vez que es tema ya pacífico en la jurisprudencia que la firma de aquel únicamente se demuestra la afiliación, pero jamás la debida información.

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

De los efectos de la ineficacia

La Juez de primera instancia **condenó a Protección S.A., y a Colfondos** a trasladar a **Colpensiones** los gastos de administración, las primas de reaseguramiento y garantía de pensión mínima, orden a la que se opone las apoderadas de los Fondos Privados, bajo los siguientes argumentos: i) los dineros cobrados por estos conceptos tuvieron como fundamento el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y se descontaron por una efectiva gestión y ii) los sumas descontadas ya fueron trasladadas a terceros de buena fe que cubrieron las contingencias.

En ese orden, en lo que refiere al punto i), para la Sala es claro que durante el periodo en que la actora estuvo vinculado al 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, por lo que 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 del que se le privó de recibir como consecuencia del acto declarado ineficaz.

Ahora, en lo que refiere a lo pagado por ii) seguros previsionales por parte de la AFP del RAIS, debe indicarse que de autorizarse descuento alguno por este concepto se estaría disminuyendo el valor del porcentaje de debió corresponder a **Colpensiones**, desmejora que deben asumir los fondos de pensiones demandados con cargo a su propio patrimonio.

Así las cosas, quedan resueltos los recursos presentados por las apoderadas recurrentes, indicando que se desestima su petición, sin embargo, siendo este un aspecto conocido en el grado de consulta es necesario dejar algunos aspectos claros en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineficacia y en ese sentido esta Sala a partir del precedente jurisprudencial a identificado los siguientes conceptos:

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM¹.
2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador².
3. Los **gastos de administración**³, concepto 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 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, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados⁶.

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

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.

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.

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.

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

De la excepción de prescripción

En lo que tiene que ver con la prescripción, encuentra la Sala que esta excepción no está llamada a prosperar, puesto que, la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio, por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos. En este sentido se remite a la lectura de las sentencias SL-1688 de 2019, SL-373 de 2021 y SL-4062 de 2021.

Por último, la apoderada **Protección S.A.** indica en su recurso, que, los conceptos comprendidos dentro de los gastos de administración se afectan por el paso del tiempo y en ese sentido no es posible ordenar su traslado, pues han transcurrido más de 3 años desde su pago por parte del afiliado.

Con respecto a esta manifestación debe indicarse que por tratarse de sumas que están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, en consecuencia, ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción, tal y como lo enseñara la Sala Laboral de la Corte Suprema en la sentencia SL-1473 de 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.

Costas

Costas en esta instancia a cargo de **Protección S.A., Colfondos S.A., Prvenir S.A.**, por ser desfavorable el recurso interpuesto de conformidad con lo establecido en el numeral 1) del artículo 365 del CGP. Las agencias en favor del demandante se fijan en \$1.000.000 a cargo de cada administradora a favor de la demandante.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CONFIRMAR la providencia de primera instancia proferida por la Juez Primera Laboral del Circuito de Medellín, el día **21 de abril de 2022**, en el proceso ordinario laboral adelantado por la señora **ROSALBA HERNANDEZ FUENTES** contra **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. ADICIONÁNDOLA** para indicar que también deben ser trasladados por parte de las administradoras privadas a **COLPENSIONES** los valores cobrados por prima de reaseguros del Fogafín durante el periodo que se mantuvo vigente la vinculación de la demandante a esa administradora. Estas sumas las deberá asumir la AFP con cargo a su propio patrimonio y trasladarlas indexadas.

Costas en esta instancia a cargo de **Protección S.A., Colfondos S.A., Prvenir S.A.**, por ser desfavorable el recurso interpuesto de conformidad con lo establecido en el numeral 1) del artículo 365 del CGP. Las agencias en favor del demandante se fijan en \$1.000.000 a cargo de cada administradora a favor de la demandante.

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

LOS MAGISTRADOS



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

Radicado No. 05001-31-05-001-2020-00113-01
Radicado Interno: P10322
Asunto: Confirma y adiciona sentencia.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTINEZ



SECRETARÍA SALA LABORAL

EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

Proceso	Ordinario
Demandante	Rosalba Hernández Fuentes
Demandado (s)	Colpensiones y otros
Radicado	05001-31-05-001-2020-00113-01
Decisión	Confirma y adiciona sentencia
Magistrado ponente	Carmen Helena Castaño Cardona

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 28 de junio de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 28 de junio de 2022 a las 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO