



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Adriana María Layos Berrio
DEMANDADO	Colpensiones y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-012-2019-00743
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia

El veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022), el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los magistrados **HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA** y **GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ**, quien actúa como ponente, previa deliberación del asunto, según consta en el **ACTA 135** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **ADRIANA MARÍA LAYOS BERRIO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** y la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, con radicado **05-001-31-05-012-2019-00743**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos de la sustitución de poder conferido por el doctor **RICHARD GIOVANNY SUAREZ TORRES**, en calidad de apoderado judicial para procesos de **COLPENSIONES** de la firma **RST ASOCIADOS PROJECTS S.A.S**, de conformidad con el artículo 75 del Código General del Proceso, el despacho le reconoce personería suficiente para actuar a la Dra. **DANIELA ECHEVERRY GARCÍA**, identificada con cédula de ciudadanía N° 1.128.481.307 y portadora de la tarjeta profesional N° 275.505 del Consejo Superior de la Judicatura, para que continúe la representación judicial de la entidad hasta su culminación en el presente proceso judicial.

• **PRETENSIONES**

La demandante pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia, se ordene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación al RPM, y así mismo, se ordene al fondo privado a trasladar a COLPENSIONES el saldo individual de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, frutos e intereses, sumas adicionales, cuotas de administración, aportes al fondo de solidaridad pensional, debiendo Colpensiones recibir estos valores, convertirlos en semanas y reflejarlos en la historia laboral. Y que se condene en costas procesales a las demandadas.

- **HECHOS**

Como fundamento de las pretensiones indicó que nació el 10 de noviembre de 1962 y cuenta con 1.484,43 semanas cotizadas. Que estuvo afiliada al ISS, pero que, al estar laborando al servicio de la Universidad Nacional de Colombia, se trasladó a PROTECCIÓN S.A. en julio de 1999, ya que los asesores le manifestaron que este era un fondo muy seguro, que la pensión era heredable y se podrían pensionar mas jóvenes, pero no le informaron los requisitos y condiciones para lograrlo. Que no le informaron que la pensión era por capital ni le efectuaron un comparativo entre ambos regímenes, como tampoco se le explicó sobre el bono pensional y los factores que impactarían su pensión. Que un día antes de cumplir los 47 años de edad, fue citada para entregarle un simulador pensional, pero no recibió ninguna información. Que le solicitó a PROTECCIÓN S.A. la entrega del formulario de afiliación, estudios previos y simulación pensional; indicando la entidad que no cuenta con dicha información pues es entregada presencialmente al momento de realizar la asesoría. Y que solicitó a COLPENSIONES el regreso a este fondo, el cual fue rechazado.

- **CONTESTACIONES:**

✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos de la demanda manifiesta que no le consta la fecha de nacimiento ni las semanas cotizadas. Que no le consta la afiliación al fondo privado. Que no le consta la información brindada por estos, por tratarse de hechos ajenos a la entidad. Y que no le constan las solicitudes elevadas por

la demandante. Se opuso a las pretensiones, y presenta varias excepciones de fondo.

✓ PROTECCIÓN S.A.:

La accionada dio respuesta a la demanda señalando que son cierta la edad y las semanas cotizadas. Que no le consta de manera directa la afiliación de la demandante al ISS. Que es cierta la afiliación al fondo privado, la cual fue de manera libre y voluntaria. Que a la demandante si se le brindó toda la información necesaria para su traslado, ya que los asesores cuentan con una preparación y capacitación para orientar en forma debida a los afiliados o posibles afiliados. Que si se le explicó la manera como se construyen las pensiones en el RAIS, así como el derecho al retracto y las diferencias que existen entre ambos regímenes. Que la demandante si fue reasesorada. Que es cierta la solicitud elevada a este fondo privado, pero que no es cierto que se le haya causado algún tipo de perjuicio. Y que no le consta la solicitud elevada a Colpensiones. Se opuso a todas las pretensiones. Y planteó varias excepciones de fondo.

• **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 28 de octubre de 2021, el Juzgado Decimosegundo Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la demandante a PROTECCIÓN S.A., entendiendo para todos los efectos afiliada sin solución de continuidad a COLPENSIONES, debiendo este fondo público aceptar su regreso.

Como argumento de su decisión, expuso que PROTECCIÓN S.A tenía la obligación desde la fase precontractual de proporcionar a su interesada una información completa y comprensible. Que era el fondo privado quien tenía la carga de probar su diligencia y cuidado al momento de brindar la información veraz, completa, suficiente y oportuna sobre las implicaciones que le acarrearba el traslado de régimen en el caso en particular, de manera clara, detallada y documentada, señalándole cuáles eran las ventajas y desventajas de cada uno de ellos. Y que la administradora no aportó prueba del cumplimiento de dicha obligación o con el deber de información y del buen consejo, por lo que el acto de afiliación es ineficaz.

En consecuencia, **CONDENÓ** a PROTECCIÓN S.A a trasladar con destino a COLPENSIONES, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, el valor de la cuanta de ahorro individual de la actora, incluyendo para el efecto cotizaciones, con sus respectivos rendimientos financieros, el porcentaje descontado por garantía de la pensión mínima, las cuotas de administración y demás emolumentos descontados en la vigencia de la afiliación, como si hubiera permanecido en el RPM.

ORDENÓ a COLPENSIONES, a reactivar la afiliación de la demandante al RPM, sin solución de continuidad y recibir los mencionados valores e integrarlos al fondo común que administra, y las semanas acreditadas se reflejen en su historia laboral.

DECLARÓ infundada la excepción de prescripción.

Y, **CONDENÓ** en costas procesales a PROTECCIÓN S.A.

- **APELACIONES:**

- ✓ PROTECCIÓN S.A.:

En su recurso de apelación parcial, expresó que no está de acuerdo con trasladar lo correspondiente a gastos de representación y seguros previsionales, pues si bien la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, le da un efecto a las ineficacias de inexistencia del traslado de régimen pensional, se debe llegar a una condena congruente con ese efecto jurídico en dos panoramas: se debe asumir que la afiliación no existió y en consecuencia, se deben tomar como inexistentes los rendimientos que se han generado, debiendo ser conservados por el fondo privado; o también, se debe asumir que la afiliación fue inexistente, pero se debe tener en cuenta que el Seguro Social también hubiese descontado lo correspondiente a gastos de administración y seguros previsionales, por eso solo se debería trasladar el capital junto con los rendimientos pero sin ningún otro concepto. Que, si se devuelve todo lo anterior, se estaría configurando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Por lo que se debe modificar la orden impartida, teniendo derecho el fondo privado a las restituciones mutuas.

- ✓ COLPENSIONES:

La apoderada de COLPENSIONES, en síntesis, indico que se debe revocar la sentencia de primera instancia, y se absuelva a Colpensiones de cada una de las condenas, toda vez que no fueron valoradas todas las pruebas traídas al proceso, ya que no estaban excluidas del RAIS, tampoco estaban cobijadas bajo el régimen de transición ni mucho menos tenían expectativas legítimas de pensionarse en el RPM cuando se afiliaron a PROTECCIÓN S.A. Que la demandante tenía una preparación académica y pudo asesorarse en debida forma ante de firmar el formulario de afiliación. Que el intereses de la demandante es netamente económico y esto no puede ser el criterio fundante de la ineficacia. Y que en el evento de mantener la ineficacia, se debe adicionar la sentencia, en el sentido de ordenar trasladar además de lo dicho por la juez, los seguros de invalidez y muerte, y que todos estos emolumentos sean debidamente indexados, sin que pueda ser inferior los rendimientos que se hubiesen causado si la afiliada nunca se hubiese trasladado al RAIS.

De igual forma, la presente sentencia será revisada en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** con ocasión de las condenas impuestas a Colpensiones.

- **ALEGATOS:**

- ✓ COLPENSIONES:

Una vez transcurrido el término de traslado, Colpensiones en sus alegatos, señaló en síntesis que es improcedente autorizar el traslado de la accionante, toda vez que éste a través del formulario de vinculación de manera libre, espontánea y sin presiones, quiso trasladarse. Que 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. Que no es admisible que el documento soporte de la afiliación que es el formulario suscrito por el afiliado, sea desestimado por los diferentes Despachos como una prueba a la voluntad libre de afiliación de la demandante. Que la regla general es que corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias. Que dentro del proceso la parte demandante no aporta ninguna

prueba en la que se demuestre fehacientemente los supuestos de hecho que alega, y pretende que bajo la figura de la carga dinámica de prueba se exima de probar mínimamente lo alegado en el libelo demandatorio. Que no se probó que el traslado al Régimen de Ahorro Individual haya sido por falta de información a la demandante, pues como quedo establecido en la declaración rendida por este se evidencia con el interrogatorio de parte que el asesor del fondo privado le suministro la información que le permitió suscribir el formulario de afiliación. Que de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la ley 797 de 2003, es improcedente autorizar el traslado de la accionante. Y que si ha de confirmarse la sentencia, solicita se traslade la devolución de la totalidad de las sumas que se encuentre depositados en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que se hubieren generado, los descuentos efectuados por garantía de pensión mínima, cuotas para el cubrimiento de los seguros previsionales, primas de reaseguros de Fogafín, de manera indexados; así como las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración con todos sus frutos e intereses por el tiempo que la demandante permaneció afiliado al RAIS.

✓ DEMANDANTE:

Manifestó en sus alegatos que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que no se probó por parte de las administradoras de pensiones, que a la actora se le hubiere dado una información plausible que dejara incólume el consentimiento informado. Y que se debe seguir el precedente reiterado de órgano de cierre.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolver de conformidad con los recursos interpuestos y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será *i)* determinar si el acto jurídico de afiliación de la señora ADRIANA MARÍA LAYOS BERRIO a PROTECCIÓN S.A., fue válido, o si por el contrario es ineficaz; *ii)* consecuentemente si procede la declaratoria de la ineficacia, se deberá analizar los conceptos a devolver por el fondo privado; *iii)* y la operancia o no de la excepción de prescripción de la acción.

i. Acto jurídico de la afiliación y precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional:

Para comenzar, esta Sala pasará hacer un recuento breve de la jurisprudencia de esa alta Corporación de Justicia, que estructura el tema.

Advierte la Corte que el traslado de régimen debe estar precedido de toda información relevante para la toma de la decisión. Que 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 le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. Que 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. Que 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 en las que se sancionaba la falta de información relevante.

Más adelante la Corte Suprema de Justicia precisó que son deberes de las administradoras de pensiones, lo siguientes:

- (i) 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,
- (iii) La información 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.

Si bien 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 esa circunstancia, pues el hecho determinante es la falta de información al afiliado.

Así las cosas, lo dicho anteriormente constituye sustento que permite deducir las siguientes reglas:

- (i) Las administradoras de pensiones tienen a su cargo la obligación de información de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.
- (ii) La información del traslado de régimen debe ser de transparencia máxima, detallada y documentada acerca de la incidencia que pueda tener frente a sus derechos prestacionales, de modo que no basta con explicar solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos proyecte la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. 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, 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.
- (ii) Desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 incorporado en el Decreto 2555 de 2010.
- (iii) Y, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014, 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 a tomar, tiene como soporte en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014; SL9519 de 2015; 47125, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2877, SL4811 de 2020, SL1217, SL782 de 2021; y SL445 de 2022.

En el caso objeto de estudio, sobre los pormenores que rodearon la afiliación de la actora, del interrogatorio de parte se desprende que cuando laboraba en la Universidad Nacional de Colombia sede Medellín en la sección de bienestar universitario, una asesora se arrimó al cubículo donde ella atendía al personal universitario y manifestó que la caja de previsión donde ella estaba se iba a acabar, y que la mejor opción era PROTECCIÓN S.A., ya que se podía pensionar a una temprana edad y que una de las garantías que tenía este fondo era que podía tener una pensión vitalicia, la cual podían disfrutar sus beneficiarios. Que no le hablaron de la heredabilidad de la pensión. Que no se sintió coaccionada, pero si estaba en medio de su labor y que solo quería trasladarse, pero firmó libre y voluntariamente el formulario. Que PROTECCIÓN S.A. si le brindó una reasesoría pensional, la cual fue un día antes de cumplir los 47 años, y recuerda que llegó una asesora con un paquete y documentos y le dijo que necesitaba que firmara y validara la afiliación a PROTECCIÓN S.A., diciéndole que eso no duraba mas de 5 minutos, y ella solo firmó el documento de visita. Que se siente engañada porque el fondo privado fue muy oportunista y no dejaron que pensara la decisión. Y que quiere trasladarse a Colpensiones, por su calidad de vida.

En lo que respecta a la carga de la prueba, es importante hacer 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. Así mismo, contrastando toda la jurisprudencia citada, debe decirse que la carga de la prueba recae en la administradora, puesto que, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que a través de sus asesores hagan conocer a los afiliados que pretende captar los pormenores

de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el Régimen al que le proponen afiliarse.

Se tiene que las afirmaciones realizadas por la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PROTECCIÓN S.A., toda vez, que pese a que la entidad administradora anexó el documento visible de folio 186 del expediente, esto es, el formulario de afiliación, mismo que fue suscrito por la actora, el cual permite pensar en un principio que si existió una asesoría acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro, lo cierto es que este documento no es prueba suficiente para determinar que efectivamente a la accionante se le haya brindado una completa asesoría, 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 a la demandante como su afiliada cumplió con los imperativos profesionales de información.

Vale la pena manifestar que, por el hecho de que la demandante sea tecnóloga en secretariado ejecutiva y haya firmado el formulario de vinculación, donde se hace constar que la escogencia del régimen de ahorro individual se efectúa de forma “libre, espontánea y sin presiones”, no implica que la actora conociera las consecuencias que implicaba el cambio de régimen pensional.

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 pasar por alto esta Sala 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 ningún efecto, por tal razón no es procedente analizar el caso de autos bajo lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e del artículo 13 de

la ley 100 de 1993, en lo que tiene que ver con el traslado de régimen cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Con respecto a la información que se le debía brindar a la demandante para la fecha de traslado, en las providencias SL1688-2019, SL4360-2019 y SL4426-2019, 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, estableciendo en lo temporal los siguientes momentos: primer periodo, desde la fundación de las AFP; segundo momento, desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010; y tercer momento, 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 de la actora fue el 7 de julio del 1999, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019, la obligación de la administradora privada demandada 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 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.”*

En el caso de autos, vale hacer una precisión que si bien a la actora se le realizó una reasesoría el día 7 de noviembre de 2009 (folio 188), dicha actuación es muy posterior a la asesoría recibía en la primera oportunidad en 1999, la cual generó en ineficacia, y, por lo tanto, es desde allí que todas las actuaciones no producen sus efectos propios.

De igual forma debe señalarse, que la demandante laboró al servicio de la Unidad Nacional de Colombia, la cual a través de su caja prestacional era la que anteriormente administraba sus propias prestaciones económicas, sin embargo, debe entenderse que la selección del régimen pensional de manera libre y voluntaria como lo exige la ley 100 de 1993 en su artículo 13 literal b, al declararse la ineficacia de la afiliación, es el efectuado con la solicitud de folios 27 a 29 de los anexos de la demanda, en donde la actora manifiesta su interés de pertenecer al régimen solidario de prima media con prestación definida, administrado hoy en día por COLPENSIONES.

Se tiene entonces que PROTECCIÓN S.A, no cumplió con la carga de probar el haber realizado en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación, una asesoría lo suficientemente clara, detallada y concreta en relación con su situación particular, por tanto, debe concluirse que es desde allí que el traslado resulta ineficaz, generando como consecuencia que la afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, debiéndose en consecuencia **CONFIRMAR** la providencia de primera instancia, en tal sentido.

ii. Efectos de la ineficacia y conceptos a devolver por el fondo privado:

Ahora bien, con relación a los **VALORES A DEVOLVER POR EL FONDO PRIVADO**, la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional y ello implica que la AFP que dio lugar a ello 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, también debe sumarse que 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 hubiese generado con rendimientos financieros, en caso de que la demandante no se hubiese trasladado, y es claro que de acuerdo con 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 puede ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que la demandante hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Pues bien, conforme a las apelaciones y alegatos interpuestos, hay que anotar 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 ningún efecto, lo cual fue precisado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-4360 de 2019, en la que indicó que *“la sanción impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado.”*

Además, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3464 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 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 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.

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.

4. **Los aportes al fondo de garantía de pensión mínima:** el pago de estos aportes propio del RAIS y consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 no encuentra un equivalente en el RPM, motivo por el cual esta Sala ha sostenido que al declararse la ineficacia los dineros aportados por el afiliado a este fondo deben ser devueltos al RPM bajo los lineamientos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016⁷.

Por lo anterior, **PROTECCIÓN S.A.**, además de lo ordenado por la juez y teniendo como base la sostenibilidad financiera del sistema, deberá también devolver lo correspondiente a los **seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes** y la **prima de reaseguro de Fogafín** que, junto con las cuotas de administración ya ordenadas, deberán ser debidamente **indexadas** con cargo a sus propios recursos, debiéndose en este aspecto **ADICIONAR** la sentencia, para en su lugar **ORDENARLE** a **PROTECCIÓN S.A.**, incluir estos valores por entregar a COLPENSIONES.

iii. Excepción de prescripción de la acción.

En lo que tiene que ver con la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL-1688 de 2019, SL-373 de 2021 y SL-4062 de 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, postura que comparte esta Sala por lo que debe decirse que no está llamada a prosperar; debiéndose dejar claro, en cuanto a los conceptos a devolver por el fondo privado, 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 señala la sentencia SL-1473 de 2021 de la Alta Corte.

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.

Con los argumentos anteriores y atendiendo al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala hizo un pronunciamiento implícito de las alegaciones presentadas.

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 lo dijo la juez. Las costas de la segunda instancia son a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, por no salir avante los recursos de apelación. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1.000.000, dividido en partes iguales 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: Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la declaración de la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia, en cuanto a los valores a devolver al fondo público, y se le **ORDENA** a **PROTECCIÓN S.A.**, trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo ordenado por la juez, los ***seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes*** y la ***prima de reaseguro de Fogafín***, conceptos que junto a las cuotas de administración serán debidamente ***indexados*** con cargo a sus propios recursos.

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

CUARTO: Costas procesales y agencias en derecho, como se dejó dicho en la parte motiva de esta sentencia

Se notifica lo resuelto por **EDICTO**. De no ser susceptible del recurso extraordinario de casación se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

Los Magistrados,



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ



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	Adriana María Layos Berrio
DEMANDADO	Colpensiones y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05- 012-2019-00743
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia
MAGISTRADO PONENTE	Guillermo Cardona Martínez

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/126> 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 2021 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN
Se desfija el 28 de junio de 2021 a la 5:00 pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO