



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Ana María Tobón Restrepo
DEMANDADO	Colpensiones y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05-005-2021-00197
TEMA	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma sentencia

El ocho (8) de julio 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 169** de discusión de proyectos, procede a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso ordinario promovido por **ANA MARÍA TOBÓN RESTREPO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** con radicado **05-001-31-05-005-2021-00197**.

• **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA:**

En los términos del poder conferido por el doctor **FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI**, en calidad de representante legal para procesos de **COLPENSIONES** de la firma **PALACIOS CONSULTORES 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. **SANDRA MILENA NARANJO SALAZAR**, identificada con cédula de ciudadanía N° 39.175.420 y portadora de la tarjeta profesional N° 225.677 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 que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual efectuado por PROTECCIÓN S.A., y, por lo tanto, se tenga sin solución de continuidad la afiliación a Colpensiones. Como consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, el saldo de la cuanta individual incluyendo los rendimientos financieros, debiendo el fondo publico aceptar el reingreso sin solución de continuidad y recibir los aportes trasladados. Y, que se condene a las demandadas a las costas procesales.

- **HECHOS:**

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que nació el 2 de febrero de 1971. Que se afilió al ISS en febrero de 1994. Que en el mes de mayo de 1997 se trasladó al fondo privado. Que se vinculó al PROTECCIÓN S.A. teniendo la firme convicción que accedería en los términos ofrecidos por el fondo privado, siendo de forma anticipada, pero que omitió especificar las condiciones de dicha pensión anticipada. Que se resaltaron algunos beneficios del RAIS omitiéndose información. Que solicitó una proyección pensional al fondo privado, llevándose la sorpresa que la mesada no guarda proporción con las promesas suministradas al momento de afiliarse, toda vez que esta sería inferior a la que recibiría en el RPM, la cual podría ser de seis millones de pesos. Y que solicitó traslado a COLPENSIONES el cual fue negado.

- **CONTESTACIONES:**

- ✓ COLPENSIONES:

Frente a los hechos manifestó que no le constan la mayoría de los hechos por ser ajenos a la demandada, y además son objeto del debate probatorio. Y que es parcialmente cierta la afiliación a Colpensiones, conforme a la historia laboral. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y formuló varias excepciones de fondo.

- ✓ PROTECCIÓN S.A.:

Frente a las circunstancias fácticas manifestó que no le consta la fecha de nacimiento. Que no es cierto que tenga una expectativa legítima por el hecho de haberse afiliado al ISS. Que es cierto que se afilió a este fondo privado, el

6 de marzo de 1997. Que la demandante se afilió de forma libre y voluntaria, como se comprueba con el formulario de afiliación. Que la afiliación fue precedida de una asesoría adecuada, correcta y suficiente. Que todos los asesores son capacitados para brindar una correcta asesoría. Que, si se le asesoró a la demandante respecto a todo el sistema general de pensiones, en donde se le explicaron las características del RAIS y del RPM. Que la afiliación al RAIS fue sin presiones. Que la asesoría brindada a la actora se dio bajo los parámetros legales y técnicos para la fecha. Que no es cierto que se le haya manifestado a la demandante que el ISS se iba a acabar. Que a la actora se le informó del derecho de retracto y demás características del RAIS. Que no le constan las proyecciones realizadas. Y que no le consta el trámite realizado en Colpensiones. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones y formuló varias excepciones de mérito.

- **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El 30 de noviembre de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** ineficaz el traslado de la actora del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, por falta de consentimiento informado, lo que conllevó a un error en el consentimiento de la demandante al momento de afiliarse a PROTECCIÓN S.A., es decir, porque su decisión no fue libre y voluntaria.

Como argumento de su decisión expresó que las administradoras de fondos de pensiones tienen una obligación de raigambre constitucional, la cual establece que PROTECCIÓN S.A. en el presente caso, tiene una obligación de obrar acorde a la ética del servicio que presta, esto es, suministrando la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que permita a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas. Así mismo, es necesario que dada la asimetría que existe entre el usuario que desconoce el tema de pensiones y el profesional en temas pensionales, lo que conlleva a que esa información tiene que quedar clara en el usuario, dado que no solo se le puede decir lo benéfico, sino también los aspectos negativos.

DECLARÓ que la afiliación al régimen de prima media de la actora, no ha tenido solución de continuidad en el tiempo en el que ha estado activamente vinculada al sistema general de pensiones.

CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a que dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que quede en firme la providencia, traslade con destino a COLPENSIONES, el 100% de los aportes efectuados por la demandante, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los frutos y rendimientos financieros que sobre los mismos se hubieren causado, asumiendo con cargo a su patrimonio los conceptos de comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para el Fondo de Garantía de pensión mínima y para el Fondo de Solidaridad pensional, que hubieran sido deducidos desde la fecha en que se hizo efectiva la afiliación de la actora a esa administradora, y hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional; valores que deberán ser debidamente indexadas.

CONDENÓ a COLPENSIONES a recibir los aportes que PROTECCIÓN S.A. le devuelva como resultado de la ineficacia decretada, y a tener en cuenta el tiempo cotizado en el régimen de ahorro individual por la actora, como semanas cotizadas que deberán reflejarse en su historia laboral.

DECLARÓ imprósperas las excepciones formuladas por las demandadas.

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

- **APELACIÓN:**

- ✓ PROTECCIÓN S.A.:

Presentó recurso de apelación de manera parcial respecto al traslado de los conceptos de cuotas de administración y las primas de seguro previsional de manera indexada, señalando que estos conceptos son autorizados por la ley 100 de 1993 en su artículo 20. Que estos descuentos autorizados se usan para cubrir los gastos de administración y pagarlas primas de seguros previsional, y opera en ambos regímenes. Que obra prueba en el expediente de los rendimientos financieros, en donde se observa que obtuvieron ganancias

significativas frente a lo ahorrado, lo que da cuenta que estos fueron debidamente administrados. Que, con la condena de primera instancia, se esta constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, ya que esta recibiendo una comisión que no esta destinada a financiar la pensión de vejez, y además ya se le están trasladando los rendimientos financieros, fruto de la buena administración. Que el fondo privado tiene derecho a conservar la comisión de administración como restitución mutua a su favor. Que en lo que respecta a los efectos de la declaratoria de la ineficacia, hay que observar el artículo 1746 del Código Civil, la cual plantea una nulidad estricta, y con esta aplicación se esta violando el principio de inescindibilidad de la norma, siendo parcializada, pues habla de las restituciones mutuas y de la responsabilidad de cada contratante, entonces si la consecuencia es que las cosas vuelvan al estado inicial, en estricto sentido se produce que el contrato de afiliación nunca existió y consecuentemente el fondo privado no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos no se causaron y tampoco debió existir el cobro de una comisión de administración. Que no se debe trasladar lo concerniente al seguro previsional, pues este fue porcentaje fue sufragado a una compañía aseguradora, que cumplió con la cobertura durante la vigencia de la póliza en caso de siniestros de invalidez y sobrevivencia; siendo este traslado por mandato legal, por lo que no puede ser ordenado que sea reconocido de su propio patrimonio, cuando el cubrimiento cubrió efectos. Y que frente a estos conceptos opera el fenómeno de la prescripción, por ser de tracto sucesivo, además porque no financia la prestación económica de vejez, siendo el acceso a la ineficacia lo único que no prescribe.

De igual forma, la anterior decisión se revisará en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** con ocasión de las condenas impuestas a COLPENSIONES.

- **ALEGATOS:**

- ✓ COLPENSIONES:

La apoderada de la demandada, manifestó que debe analizarse nuevamente lo referente a la imposibilidad de traslado de régimen consagrado en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual establece que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir la pensión de

vejez, y el accionante se encuentra posterior al cumplimiento de la edad limítrofe establecida. Que respecto al engaño invocado por el accionante no se encuentra válidamente acreditado, la mera afirmación de la parte actora de lo que aconteció hace tanto años al momento de su traslado al Régimen de ahorro individual, no puede ser tomado como cierto absolutamente, ya que han pasado muchos años y se desconocen las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ese traslado, y más aún no se cuenta con la presencia del respectivo asesor del fondo privado, por lo cual considera que resulta arbitrario y contrario a los principios legales y constitucionales como la seguridad jurídica y el debido proceso. Que no se ha logrado probar que el consentimiento haya sido violentado, y por tal viciado de ineficacia alguna, toda vez que la parte actora es una persona plenamente capaz, resaltando que el desconocimiento de la ley no excluye de responsabilidad, y no se logró probar que hubiese engaño o coerción por parte de los asesores del fondo privado; y en caso de considerar el tribunal procedente la ineficacia, se ordene al fondo privado la devolución de aportes, rendimientos, gastos de administración y cualquier otro rubro recibido en razón a la afiliación, debidamente indexado.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolver de conformidad con el recurso interpuesto y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, será *i)* determinar si el acto jurídico de afiliación de la señora ANA MARÍA TOBÓN RESTREPO 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 previsionales, 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, SL2611, SL2877, SL4811 de 2020; SL1217, SL782 de 2021; y SL445 de 2022.

En el **caso objeto de estudio**, sobre los pormenores que rodearon el traslado de la demandante, del interrogatorio de parte se desprende que la afiliación a PROTECCIÓN S.A. se dio cuando ella laboraba al servicio de Integrales S.A. y dieron una charla de media hora, y posteriormente pasaron para firmar los formularios. Que en la charla les hablaron que el Seguros Social no era viable, debido a que estaba quebrado, por lo que era mejor el fondo privado y que se podría pensionar mas joven. Que no tuvo otra asesoría individual. Que ella tenía 26 años para la época de traslado. Que no recuerda si le preguntaron por los aportes y por la historia laboral. Que le dijeron que los aportes efectuados al Seguro Social se conservarían como un bono. Que no le hablaron de los rendimientos financieros, ni que los aportes irían a una cuenta individual. Que no le hablaron que pasaría con sus beneficiarios. Que no preguntó la necesidad de los datos de sus beneficiarios, ya que era soltera. Que, si recibe los extractos pensionales, pero nos los entiende. Que cuando se trasladó no hizo alguna verificación. Y que la mesada pensional con el RAIS sería del salario mínimo y en Colpensiones podría ser de más de 6 millones.

Ahora, sobre 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 anexó el documento visible de folio 33 del PDF 17 del expediente digitalizado, esto es, el formulario de afiliación, mismo que la demandante suscribió, que permite pensar en un principio que sí 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 firmara 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 conociera las consecuencias que conlleva 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 respecta con el traslado de régimen cuando a un 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 6 de marzo de 1997, 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.*”

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:

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, 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, 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 la apelación, 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

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.

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 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 manifestado por el juez, también deberá trasladar **la prima de reaseguro de Fogafín**, debidamente **indexada** con cargo a sus propios recursos, para que de esta manera se vea compensada la pérdida adquisitiva de la moneda, por lo que se deberá **ADICIONAR** la sentencia en tal sentido.

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

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.

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.

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.

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

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.

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo el juez. En estas son a cargo de PROTECCIÓN S.A., por no salir avante su recurso. Las agencias en derecho de la segunda instancia se tasan en la suma de \$1.000.000

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 del traslado efectuado 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 condena a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** además de lo manifestado por el juez, *la prima de*

reaseguro de Fogafín, debidamente **indexada**, con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: Las 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	Ana María Tobón Restrepo
DEMANDADO	Colpensiones y Protección S.A.
RADICADO	05-001-31-05- 005-2021-00197
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/131> 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 11 de julio de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 11 de julio de 2022 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
SECRETARIO