

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL - La selección de cualquiera de los regímenes pensionales es de libre y voluntaria elección. Cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quedará sin efecto. / **DEBER DE INFORMACIÓN** - El fondo de pensiones es responsable de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, los elementos determinantes para tomar una decisión informada. / **CARGA DE LA PRUEBA** - Al haberse indicado por la actora que “no recibió la información” por tratarse de una negación indefinida, lo releva de probar ese hecho y a su vez, traslada la carga de la prueba en la AFP demandada, quien deberá probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente. /

HECHOS: La demandante solicita que se deje sin efecto su vinculación al RAIS; y, en consecuencia, se declare que se mantuvo afiliada sin solución de continuidad al RPM administrado en la actualidad por Colpensiones. Se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes y rendimientos recibidos con motivo de su vinculación. El Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS, condenando a Protección S.A. a que dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, traslade con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el cien por ciento (100%) de los aportes efectuados por la demandante y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros que sobre los mismos se hubiesen causado, así como los bonos pensionales que allí estén incorporados; asumiendo con cargo a su propio patrimonio de manera indexada los conceptos de comisiones de administración, el valor de la prima mensual deducida para pagar el seguro provisional y lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que hubiesen sido deducidos desde la fecha de efectividad de la afiliación al RAIS. De otro lado, ordenó a Colpensiones a recibir la totalidad de los aportes remitidos por la AFP privada y reactivar la afiliación, convalidando dichos aportes en semanas que se vean reflejadas en la historia laboral. Esta decisión fue apelada por las demandadas y se conoce además en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. (...) Los problemas jurídicos a resolver en esta segunda instancia conforme con el grado jurisdiccional de consulta, serán: (i) Determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen del demandante resulta o no eficaz, (ii) Determinar cuáles son las consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia (iii) revisar si operó la prescripción y (iv) Si debe absolverse de costas procesales a Protección S.A.

TESIS: Respecto a 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 la afiliación. (...) Y es que, sobre las obligaciones que recaen en las administradoras de pensiones es bastante ilustrativa la sentencia SL782-2021, 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. De otro lado, es necesario recordar que situaciones como la permanencia por un lapso significativo de tiempo en el RAIS y el traslado entre administradoras privadas, no tienen como consecuencia el saneamiento de una vinculación afectada por la ineficacia, en tal sentido vale la pena remitir a la lectura de la sentencia SL3349-2021, en la que, respecto de este tema, la Corte Suprema de Justicia, indicó: Así como la Corte ha determinado que el hecho de tener sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello se derive una suerte de purga en el deber de información o de convalidación en su incumplimiento, tampoco el hecho de que el impugnante se haya vinculado, de manera discontinua al RAIS, aún con la misma administradora, significa per se que se tenga suficiente ilustración, conocimiento o comprensión de cada uno de los regímenes o que, se itera, tal situación releve del cumplimiento de sus deberes a la AFP, como lo exigen las normas aplicables en el momento en que acaezca tal evento. Por lo expuesto encuentra la Sala que al no demostrar que este fondo cumpliera con su deber de información, la consecuencia es que la afiliación inicial efectuada a Protección S.A., como fondo inicial, devenga ineficaz de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por lo que se CONFIRMA el fallo de instancia. (...) Ahora, la Alta Corporación en sentencia SL-4360 de 2019, explicó que al no existir un camino demarcado por el legislador cuando se declare la ineficacia en stricto sensu, la institución de inmediata referencia es la nulidad que consagra unas consecuencias idénticas, consistentes en la vuelta al statu quo ante. A partir de lo explicado la Sala considera que le asistió razón al juez de primera instancia con respecto a los conceptos que deberán ser trasladados por Protección S.A. a Colpensiones, ADICIONANDO para indicar que el fondo debe trasladar lo descontado por concepto de prima de reaseguros de Fogafín, en caso de haber realizado dicho descuento, dineros que deberán ser indexados al momento de su traslado y asumidos con cargo a su propio patrimonio. También se ADICIONARÁ la decisión de primera instancia, para ordenar a Protección S.A., que, al momento de cumplir con la orden de traslado, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

M.P. CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

FECHA: 21/03/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN



SALA LABORAL
Acta 066

Medellín, veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

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 y grado jurisdiccional de consulta, en el proceso ordinario laboral promovido por la señora **LUCIA INES TAMAYO ACEVEDO** contra **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**.

De acuerdo a lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere de forma escrita.

ANTECEDENTES

Pretensiones

La demandante solicita que se deje sin efecto su vinculación al RAIS; y, en consecuencia, se declare que se mantuvo afiliada sin solución de continuidad al RPM administrado en la actualidad por **Colpensiones**.

Se condene a **Protección S.A.** a trasladar a **Colpensiones** los aportes y rendimientos recibidos con motivo de su vinculación.

Hechos

Como fundamento de sus pretensiones indica que fue afiliada por primera vez a un fondo de pensiones por cuenta del empleador Carrefour hoy Jumbo, el 14 de julio de 2009, sin que se le brindara la asesoría respectiva al momento de la afiliación, toda vez que la escogencia del fondo la hizo su empleador.

Respuesta Colpensiones

Entidad a través de apoderado manifestó que es cierto que la demandante nunca ha estado afiliada al RAIS, por tanto, no debe asumir responsabilidades al respecto.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: Falta de causa para demanda, falta de legitimación en la causa por activa, inexistencia de la obligación, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema, buena de fe, prescripción, compensación e imposibilidad de condena en costas.

Respuesta Protección S.A.

Protección S.A. a través de apoderada manifestó que es cierto que la demandante suscribió formulario de vinculación a esa administradora en el año 1998, afiliación que se realizó con el cumplimiento de los parámetros legales de información exigidos para ese momento.

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, aprovechamiento indebido de recursos públicos, reconocimiento de restitución mutua e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional.

Sentencia de primera instancia

El Juez Veinte Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia **17 de enero de 2024**, **declaró** la ineficacia del traslado al RAIS, condenando a **Protección S.A.** a que:

CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. para que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, traslade con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el cien por ciento (100%) de los aportes efectuados por la señora LUCIA INES TAMAYO ACEVEDO, y cualquier otro valor que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros que sobre los mismos se hubiesen causado, así como los bonos pensionales que allí estén incorporados; asumiendo con cargo a su propio patrimonio de manera indexada los conceptos de comisiones de administración, el valor de la prima mensual deducida para pagar el seguro previsional y lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que hubiesen sido deducidos desde la fecha de efectividad de la afiliación al RAIS esto es, del 14 de julio del año 2009 hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado de régimen pensional, de conformidad con lo indicado en la parte considerativa de la presente providencia....

De otro lado, ordenó a **Colpensiones** a recibir la totalidad de los aportes remitidos por la AFP privada y reactivar la afiliación, convalidando dichos aportes en semanas que se vean reflejadas en la historia laboral.

Esta decisión fue apelada por las demandadas y se conoce además en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Recurso Protección:

El fondo privado solicita que se absuelva y no se condene en costas, toda vez que cuando se afilió la actora, se le brindó una correcta y debida información y su vinculación fue libre y voluntaria.

De otro lado el fondo está en la obligación de atender las solicitudes de afiliación, en razón a que es un deber legal, por lo tanto, no proceden las costas procesales.

Recurso Colpensiones

Entidad que en su recurso sostiene que la actora se encuentra inmersa en la prohibió de traslado establecida en el 13 de la ley 100 de 1993.

No debe ordenarse su traslado, en razón a que nunca ha cotizado al RPM, sin que se dable imponerle cargas a la entidad, por un afiliado que nunca realizó aportes.

También se destaca que existió una omisión de informarse por parte de la actora.

Alegatos de conclusión

Corrido el término de traslado que señala la ley 2213 de junio de 2022, Colpensiones manifestó: Sea lo primero solicitarle al despacho de manera respetuosa, no acoger la sentencia proferida por el juzgado 20 laboral del Circuito de Medellín el 17 de enero de 2024, en donde se declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a PROTECCION SA. En cuanto a la pretensión de declarar la nulidad o ineficacia del traslado y reactivar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, solicito respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Medellín - Sala Laboral, tener presente al momento de proferir la sentencia, lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en donde se estableció el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, con el cual se establecen dos dimensiones de la seguridad social; por un lado, la concibió como un derecho

constitucional fundamental y por el otro, como un servicio público de carácter obligatorio; el cual se debe prestar bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en aras a la materialización de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, entre otros.

En consecuencia y en aplicación al artículo antes mencionado, la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la reactivación de su afiliación, afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Así las cosas, el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los colombianos de manera sostenida e indefinida, sostenibilidad que se encuentra afectada dada la inexistencia de equivalencia entre los valores recibidos y los valores requeridos para el posterior reconocimiento y pago de una posible pensión de vejez de la demandante.

Ahora, en cuanto al tema de la información brindada por el fondo al momento de realizar el traslado sería prudente entrar a valorar la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado y no imponerles a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen. finalmente y en atención a lo anteriormente expuesto y si es decisión de la H. Magistrada conceder las pretensiones de la demandante, solicito respetuosamente tener en cuenta que Colpensiones como Administradora del Régimen de Prima Media, fue un tercero ajeno al contrato celebrado entre la demandante y la AFP PRIVADA, por lo cual solicito respetuosamente no haya condena alguna para la entidad.

También solicito de manera respetuosa ordenar a PROTECCION SA a entregar a Colpensiones el total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto a consideración del despacho. Así mismo de manera respetuosa solicito que adicional a la devolución de todos los aportes, la AFP PRIVADA, reporte también los archivos planos idóneos ante ASOFONDOS para el respectivo cargué de las historias laborales de quienes se trasladan bajo esta modalidad, toda vez que mi representada requiere verificar dicha información y estos reportes son enviados tiempo después de la devolución de los aportes.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Los problemas jurídicos a resolver en esta segunda instancia conforme con el grado jurisdiccional de consulta, serán: (i) Determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen del demandante resulta o no eficaz, (ii) Determinar cuáles son las consecuencias jurídicas de la declaratoria de ineficacia (iii) revisar si operó la prescripción y (iv) Sí debe absolverse de costas procesales a Protección S.A.

Pruebas relevantes

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

- La señora **Lucia Inés Tamayo Acevedo** fue afiliada a **Protección S.A.** el día **14 de julio de 2009**.

Efectuadas las anteriores precisiones procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos puestos en su conocimiento:

De la prohibición de traslado consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003

La apoderada de **Colpensiones** manifiesta que se desconoció con la decisión de primera instancia la prohibición de traslado consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el numeral e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que establece: *“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”*

En lo referente a la aplicación de esta norma al caso de autos, debe destacarse que no es motivo de discusión en el proceso que a la afiliada se le esté impidiendo el retorno al RPM, en ese orden no es un debate respecto del ejercicio del derechos a retornar a un régimen pensional, sino a demostrar que su afiliación al RAIS es ineficaz por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, lo que implica dilucidar si en efecto al momento de trasladarse de régimen pensional se le brindó una información necesaria y transparente.

En ese orden, es a partir de la comprobación de los parámetros exigible en la información que determinará si la misma es ineficaz, siendo la vuelta al estado inicial una consecuencia de esa eventual declaración, por lo que en este aspecto los argumentos expuesto por la apoderada de la administradora pública en su

recurso no tiene vocación de prosperidad por lo que se **confirmará** el fallo apelado.

De la obligación de información al momento de vincularse al Sistema General de Pensiones Consagrado en la Ley 100 de 1993

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 SL1688-2019, SL4360-2019, SL4426-2019, SL2611-2020, SL2877-2020, SL1217-2021 y SL755-2022.

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, la primera afiliación de la demandante la hizo al RAIS a través de **Protección S.A.** el **14 de julio de 2009**, ciclo para el cual la jurisprudencia interpretando 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 SL1452-2019 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 de la afiliación a este fondo y no al RPM

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 la afiliación.

En lo que respecta al presente asunto, **Protección S.A.** al dar respuesta a la demanda y en su recurso, indicó que la afiliación de la actora estuvo precedida de una asesoría integral y completa, al punto que posteriormente se afilió a otros fondos privados dentro del mismo régimen, sin embargo, más allá de esta afirmación no se trajo al proceso prueba de que se entregó una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales y que la misma fue suministrada en un lenguaje claro, simple y comprensible para la fecha de la suscripción del formulario de afiliación¹, debiendo recordarse que la suscripción de este documento apenas implica que hubo un consentimiento libre de vicios² pero no informado.

Es importante señalar que si bien la actora se afilió inicialmente a Protección S.A., en estos casos debe entenderse que la selección del régimen pensional debió darse de manera libre y voluntaria como lo exige la ley 100 de 1993 en su artículo 13 literal b; no obstante, al declararse la ineficacia de la afiliación inicial, en este proceso judicial la actora manifiesta su interés de pertenecer al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por Colpensiones, resaltándose que la **ratio decidendi** de las providencias enunciadas en esta providencia sí resultan plenamente aplicable a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por primera vez, debido a que lo relevante de estos casos es que se acredite dentro del proceso por la AFP privada que suministró la información clara, completa, suficiente, en términos de transparencia y eficiencia, lo cual no se acreditó.

Y es que, sobre las obligaciones que recaen en las administradoras de pensiones es bastante ilustrativa la sentencia SL782-2021, donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que:

¹En lo referente a la aplicación de la carga de la prueba se indicó en sentencia SL-081-2021, lo siguiente: “Por tal razón, si la parte actora alude a la ausencia de tal información, como ocurre en este caso, no es de su cargo demostrar tal omisión, pues corresponde a un hecho negativo. Por el contrario, es deber de la AFP traer a juicio los elementos de prueba que permitan establecer que, al momento de la afiliación, brindó las explicaciones suficientes y veraces sobre las consecuencias, beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Así, si a la administradora se le adjudica el incumplimiento de su deber profesional y de no actuar con diligencia, entonces incumbe a ésta acreditar que sí atendió tales obligaciones. Además, es la entidad quien se encuentra en mejor posición probatoria para allegar los elementos de prueba requeridos para esclarecer hechos como los que aquí se discuten.”

² Sentencias SL-4426-2019, SL-782 de 2021 y SL-1743 de 2021.

...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.

De otro lado, es necesario recordar que situaciones como la permanencia por un lapso significativo de tiempo en el RAIS y el traslado entre administradoras privadas, no tienen como consecuencia el saneamiento de una vinculación afectada por la ineficacia, en tal sentido vale la pena remitir a la lectura de la sentencia SL3349-2021, en la que, respecto de este tema, la Corte Suprema de Justicia, indicó:

Así como la Corte ha determinado que el hecho de tener sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello se derive una suerte de purga en el deber de información o de convalidación en su incumplimiento, tampoco el hecho de que el impugnante se haya vinculado, de manera discontinua al RAIS, aún con la misma administradora, significa per se que se tenga suficiente ilustración, conocimiento o comprensión de cada uno de los regímenes o que, se itera, tal situación releve del cumplimiento de sus deberes a la AFP, como lo exigen las normas aplicables en el momento en que acaezca tal evento.

Por lo expuesto encuentra la Sala que al no demostrar que este fondo cumpliera con su deber de información, la consecuencia es que la afiliación inicial efectuada a Protección S.A., como fondo inicial, devenga ineficaz de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por lo que se **CONFIRMA** el fallo de instancia.

Implicaciones de la declaratoria de ineficacia para las administradoras de pensiones

La Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008 advirtió sobre la necesidad que existe cuando se declare lo que para aquel momento se denominó *nulidad* de que la administradora de pensiones que la generó devuelva todo lo recibido para lo cual se debe aplicar el artículo 1746 del Código Civil que trata sobre las restituciones mutuas en los eventos de nulidad relativa y el artículo 963 del Código de Comercio, que establece que el aumento del valor del bien quedara en cabeza del vendedor (en este caso del afiliado) cuando la restitución se deba a incumplimiento del comprador (AFP RAIS).

Esta teoría fue desarrollada por más de 10 años por la jurisprudencia especializada laboral, que, en sentencia SL-4360 de 2019, explicó que al no existir un camino demarcado por el legislador cuando se declare la ineficacia en *stricto sensu*, la institución de inmediata referencia es la nulidad que consagra unas consecuencias idénticas, consistentes en la vuelta al *statu quo ante*.

Para la vuelta a ese estado inicial del negocio regulada en el artículo 1746 del CC, es necesario además tener en cuenta que la seguridad social se rige por unos principios que le son propios y que deben ser aplicados por el juez con el fin de que la vuelta a ese *statu quo* se dé a través de soluciones que resarzan y compensen los perjuicios ocasionados al afiliado, los que conforme con la jurisprudencia se resumen en 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 RPM³.
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 comprador⁴.
3. **Los gastos de administración:** De conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el 3% de la cotización de los afiliados se destinará se a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, concepto que al declararse la ineficacia de la afiliación y la ficción de que las cosas vuelvan al estado inicial como si esta no se hubiera producido, debe ser devuelto a la administradora del RPM debidamente indexado, puesto que no está obligada la entidad que no tuvo nada que ver con la infracción a la ley a soportar sus efectos privándosele de recibir los mismos, máxime cuando el mismo artículo 20 también consagra este concepto en su favor⁵.

³ Se 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.

⁴ Se 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.

⁵ En este sentido se pueden leer las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ-SL 2611-2020 y CSJ SL 2877-2020.

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 2016.

Esta orden en particular cuenta con reciente sustento jurisprudencial en la sentencia SL 2877-2020 en la cual la Corte Suprema de Justicia la encontró procedente, máxime cuando estos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada con el fin de financiar aquellas prestaciones.

A partir de lo explicado la Sala considera que le asistió razón al juez de primera instancia con respecto a los conceptos que deberán ser trasladados por **Protección S.A. a Colpensiones, ADICIONANDO** para indicar que el fondo debe trasladar lo descontado por concepto de prima de reaseguros de Fogafín, en caso de haber realizado dicho descuento, dineros que deberán ser indexados al momento de su traslado y asumidos con cargo a su propio patrimonio.

También se **ADICIONARÁ** la decisión de primera instancia, para **ordenar** a **Protección S.A.**, que, al momento de cumplir con la orden de traslado, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Devolución del Bono Pensional Tipo A

Conforme lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993 los bonos pensionales constituyen un aporte para conformar el capital que requieren los afiliados del Sistema General de Pensiones para financiar la pensión.

Los bonos tienen varias clasificaciones; importando para el caso que se resuelve el tipo A, que corresponden al afiliado que se traslada del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.

Este mecanismo de financiación de la pensión antes de su pago debe surtir varias etapas entre las que se encuentran la emisión, expedición, redención y pago, en el caso estudiado, y dado que a la fecha se desconoce si este ha sido recibido por **Protección S.A.** por lo que se **revocará** la decisión de primera instancia en cuanto ordenó su devolución a **Colpensiones**, indicando que en el caso en que se haya recibido el mismo deberá ser restituido a la oficina de

bonos pensionales del **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, para que esta entidad proceda con su anulación.

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-1688-2019, SL-3202-2021 y SL-3199-2021.

Costas

En cuanto a la solicitud de Protección S.A., de que no le sean impuestas costas procesales, la Sala considera que no es posible absolver al fondo de su condena, toda vez que las mismas se imponen como un criterio objetivo para la parte que es vencida en el proceso, lo que para el caso sucedió con Protección S.A., quien además faltó al deber de información al momento de la afiliación de la actora.

Costas en esta instancia a cargo de Protección y a favor de la demandante, las agencias en derecho se estiman en la suma de \$1300.000.

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

ADICIONAR la sentencia de primera instancia, dictada por el Juez Veinte Laboral del Circuito de Medellín, el día 17 de enero de 2024, dentro del proceso ordinario laboral de **LUCIA INES TAMAYO ACEVEDO** contra **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES.**, para en su lugar indicar que el fondo debe trasladar lo descontado por concepto de prima de reaseguros de Fogafín, en caso de haber realizado dicho descuento, dineros que deberán ser indexados al momento de su traslado y asumidos con cargo a su propio patrimonio.

Radicado 05001-31-05-020-2023-00141-01
Radicado Interno: P01124
Asunto: Confirma, adiciona y revoca sentencia

ADICIONARÁ para **ordenar** a **Protección S.A.**, que, al momento de cumplir con la orden de traslado, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. En lo demás confirma la providencia.

REVOCAR en cuanto se ordenó a **Protección S.A.** la devolución del bono pensional de la actora a **COLPENSIONES**, para en su lugar indicar que en caso de que el mismo haya sido recibido se proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, para que esta entidad proceda con su anulación.

Costas en esta instancia a cargo de Protección y a favor de la demandante, las agencias en derecho se estiman en la suma de \$1300.000.

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

Los magistrados



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXÁNDER BEDOYA DÍAZ



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO