

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA LABORAL
Acta No. 190

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Ana María Isaza Zuluaga
DEMANDADAS	Colpensiones y Protección S.A.
RADICADO	05 001 31 05 004 2021 00116 01
TEMA	Ineficacia de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Confirma y adiciona sentencia

Medellín, veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA

Procede la **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, con ponencia de la magistrada ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES respecto de la sentencia proferida el 15 de mayo de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

DEMANDA

ANA MARÍA ISAZA ZULUAGA pretende que se DECRETE la nulidad e ineficacia del traslado de régimen pensional y, en consecuencia, que se ORDENE el traslado a COLPENSIONES de todos los periodos cotizados y que todo regrese al estado de cosas anterior a realizar el cambio de régimen.

HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que inició a cotizar para su pensión el 3 de febrero de 1992 en el Instituto de Seguros Sociales. En febrero de 2001 se acercaron los asesores de PROTECCIÓN S.A. a la empresa en la cual laboraba para que realizara el traslado de régimen de pensiones, pues con este tendría una mejor pensión. Se le indicó que tendría grandes beneficios y magníficos rendimientos, pero no se le señalaron las ventajas y desventajas de tal decisión. El cambio al RAIS se hizo efectivo el 15 de febrero de 2001, mediante la firma de unos documentos en blanco. En el año 2021 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional, el cual se negó por encontrarse a menos de diez años de cumplir con el requisito de tiempo para pensionarse.

CONTESTACIONES

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a todas las pretensiones y aceptó los hechos relativos a la vinculación al ISS y la respuesta brindada por la entidad. Propuso las excepciones de fondo que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del traslado de régimen, inexistencia de ineficacia del traslado, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP PROTECCIÓN ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones en el régimen de prima media, desconocimiento del precedente judicial, equivalencia del ahorro o diferencias pensionales, devolución de aportes debidamente indexados, devolución de cuotas de administración debidamente indexadas por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., buena fe de COLPENSIONES, prescripción, compensación e imposibilidad de condena en costas.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. también se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha en la que realizó el traslado la demandante y como excepciones de mérito planteó las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento

de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 15 de mayo de 2023, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante que realizó el 28 de febrero de 2000 del ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., lo que genera el regreso automático al RPM, entendiéndose que a este estuvo afiliada de manera permanente y sin solución de continuidad.

ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A. que retorne a COLPENSIONES todas las sumas que recibió con ocasión del traslado y las que actualmente integran la cuenta de ahorro individual, aportes, cotizaciones y rendimientos de manera completa; se deben incluir las cuotas, comisiones o pagos de administración, pagos de seguro o primas, pagos destinados a la conformación del capital de la pensión de garantía mínima, debidamente indexados. COLPENSIONES recibirá los anteriores emolumentos a satisfacción y equivalencia, la devolución deberá ser detallada, en ciclos y valores e incluir toda la información relevante.

ORDENÓ a COLPENSIONES dar continuidad a la afiliación de la actora en el RPM, brindar las garantías de la afiliación y conservar así los beneficios.

Declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas y CONDENÓ en costas a PROTECCIÓN S.A. Las agencias en derecho las fijó en \$ 2.500.000. Sin costas a cargo de COLPENSIONES.

Como argumento de su decisión precisó que la administradora del RAIS era la encargada de brindar toda la información necesaria, clara,

veraz y oportuna a la demandante, con el fin de tener conocimiento previo a la toma de la decisión de traslado de régimen y que esta sea consciente y libre; así, la libertad de escogencia se realiza de manera responsable. Agregó que mientras se construye la pensión se generan otras posibilidades de retorno o recuperación y de análisis para examinar si la pensión que se está construyendo llena el proyecto de vida de cada persona. Como PROTECCIÓN S.A. no cumplió con tales mandatos, procedía la condena solicitada.

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, COLPENSIONES manifestó que debe ser modificada y revocada la sentencia de primera instancia, en el entendido que la accionante no logró demostrar los supuestos de hecho y de derecho para declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS. Señaló que la motivación de la parte actora para retornar al RPM se basa en una expectativa económica de mesada pensional, lo que de entrada corresponde a un error de derecho el cual no vicia el consentimiento.

Precisó que la declaratoria injustificada de ineficacia del traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y pone en riesgo el de los demás afiliados.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de controversia que la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPM- al de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, por medio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (ver formulario en el archivo 06, folio 28)

Así las cosas, el Tribunal debe definir si es ineficaz el traslado de régimen pensional de ANA MARÍA ISAZA ZULUAGA a PROTECCIÓN S.A. y consecuentemente, en caso de proceder la declaratoria de la ineficacia, se deberán analizar los conceptos a devolver por el fondo

privado y la operancia de la excepción de prescripción. Ello con ocasión al grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, como lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

ACTO JURÍDICO DE AFILIACIÓN Y PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL

Para comenzar, la Sala hará un breve recuento de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que estructura el tema.

Inicialmente advirtió la referida Corporación que i) el traslado de régimen debe estar precedido de toda la información relevante para la toma de la decisión; ii) es necesario que el fondo de pensiones proporcione a quien pretenda captar como su afiliado, una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras; iii) la figura de la ineficacia es una consecuencia prevista en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 para aquellos casos en que el fondo de pensiones omitió suministrar información que permitiera la selección de régimen de forma libre y voluntaria, acto indebido de esta que tiene como consecuencia no producir sus efectos propios; y, iv) el Estatuto Financiero de la época, en los artículos 97 y siguientes, consagró que las administradoras debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios que orientan la buena fe, por lo que se sanciona la falta de información relevante.

Más adelante, precisó que i) es deber de las administradoras de pensiones brindar información en todas las etapas del proceso de afiliación, desde la antesala hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; ii) la información debe ser completa y comprensible y debe proporcionarse con prudencia, teniendo obligación de buen consejo, que puede llevar incluso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica; y, iii) la carga de la prueba de demostrar que se informó de forma detallada, clara y documentada recae en la administradora de fondos de pensiones.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia fijó unos grados de exigencia de la información, según las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo a las administradoras de pensiones, así: i) desde la fundación de las AFP; ii) desde la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 incorporado en el Decreto 2555 de 2010; y, a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014, del Decreto 2071 de 2015. y en la circular 16 de 2016, la cual entrega instrucciones generales para la remisión de información financiera para efectos de inspección, vigilancia y control.

La determinación por tomar tiene como soporte las sentencias proferidas dentro de los radicados 31314 y 31989 de 2008; 33083 de 2011; 12136 y 46292 de 2014, además de las sentencias SL9519 de 2015, SL19447 y SL17595 de 2017; SL3496 y SL4989 de 2018; SL1421, SL1452, SL1688, SL4360 y SL4426 de 2019; STL 3716, STL4001, STL4084, SL2611, SL2877, SL4811 de 2020, SL1217, SL782 de 2021, y SL445 de 2022.

Ahora, sobre la carga de la prueba es importante recordar la sentencia SL4426-2019, en la cual la Corte expuso los motivos por los cuales las administradoras deben demostrar que suministraron una información clara y transparente, lo que se explica desde la premisa de que el afiliado presenta una afirmación indeterminada *-la de que no recibió información-* y es el fondo a quien corresponde demostrar que cumplió con sus deberes en esa materia; además, la AFP está en una mejor posición de ilustrar, por cuanto debe conservar en sus archivos la documentación que soporta el traslado y, como entidad especializada, cuenta con los conocimientos para que a través de sus asesores haga conocer a los afiliados que pretende captar, los pormenores de sus situaciones pensionales y las consecuencias que trae elegir el régimen ofrecido.

De este modo se concluye que las afirmaciones realizadas por la demandante no fueron desvirtuadas procesalmente por PROTECCIÓN S.A., pues si bien aportó el formulario de traslado a dicha entidad (archivo 06, página 28), en el cual se hizo constar que la escogencia del régimen de ahorro individual se efectuó de forma “libre,

espontánea y sin presiones", tal documento no es prueba suficiente para determinar que efectivamente se brindó una asesoría completa acerca de cuáles serían los efectos positivos o adversos de trasladarse de un régimen pensional a otro.

Debe repetirse que la labor de los asesores de los fondos privados, en la etapa pre-negocial -anterior a la materialización del consentimiento- consistía en brindar una información transparente, completa, detallada y comprensible, puesto que lo que se revisa es si la administradora de fondos de pensiones que pretendía captar al demandante como su afiliado, cumplió con los imperativos profesionales de información.

En el caso objeto de estudio, tampoco se advierte confesión de la actora, pues en el interrogatorio de parte refirió que el asesor de la AFP informó tres beneficios: pensionarse a una edad más temprana, con una mejor mesada y que era más rápido. Sin embargo, no explicó qué pasaría con los dineros aportados al ISS y que se tendría una cuenta de ahorro individual en el RAIS.

A su turno, el testigo FABIO BOTERO señaló que para el año 2000, a la empresa se acercaron los asesores de los fondos privados, en particular PROTECCIÓN S.A., quienes señalaron que en dicho fondo sería mejor la forma de pensionarse, porque podrían hacerlo antes de la edad, que el requisito era con dinero y no con semanas. También se les informó que el ISS se iba a acabar. Posterior a la afiliación no recibieron asesoría.

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.

Tampoco puede pasarse por alto que la ineficacia es una respuesta jurídica a la transgresión de un deber legal y ello implica que el acto jurídico declarado ineficaz carezca de vida jurídica y, por tanto, no produzca efectos. Al efecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL-4360 de 2019, indicó que "la sanción

impuesta en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra una ineficacia en sentido estricto, lo que conlleva que la consecuencia allí contenida es la exclusión de todo efecto al traslado". Por tal razón no es procedente analizar el caso de autos bajo lo dispuesto en el artículo 2º. de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en lo que respecta al traslado de régimen cuando a un afiliado le faltan 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Como ya se mencionó, el Alto Tribunal fijó unos grados de exigencia de la información, dependiendo de las normas vigentes para la fecha en que se efectúe el vínculo (sentencias SL1688-2019, SL4360-2019 y SL4426-2019). En el caso sometido a estudio, la actora se trasladó al RAIS el 1º. de abril de 2000 (archivo 06, página 45), lo que se corresponde con el primer momento, por lo que según lo expresado en la sentencia SL-1452-2019, la obligación de la administradora privada era la de brindar una información necesaria y transparente.

Sobre dichas obligaciones de las administradoras de pensiones, es bastante categórica la sentencia SL-782 de 2021, en la cual la Corte Suprema de Justicia indicó que se debe declarar la ineficacia cuando quiera que: *"...i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional."*

Se tiene entonces que PROTECCIÓN S.A. no cumplió con la carga de probar que realizó una asesoría lo suficientemente clara, detallada y concreta en relación con la situación particular, en la etapa previa a la suscripción del formulario de afiliación; por tanto, debe concluirse que es desde allí que el traslado resulta ineficaz, lo que genera como

consecuencia que la afiliación válida es la efectuada al régimen de prima media, por lo que debe **CONFIRMARSE** la providencia de primera instancia en tal sentido.

EFFECTOS DE LA INEFICACIA Y CONCEPTOS A DEVOLVER POR LOS FONDOS PRIVADOS

Ahora, con relación a los valores a devolver por la AFP, la jurisprudencia ha indicado que debe darse aplicación al artículo 1746 del Código Civil que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades, con la necesaria precisión de que, al tratarse de un tema pensional, el juez del trabajo debe aplicar soluciones que compensen de manera satisfactoria el perjuicio que fue ocasionado a un afiliado por el cambio injusto de régimen pensional. Lo anterior implica que la AFP que dio lugar a ello, siempre y cuando se hayan generado las debidas cotizaciones, traslade a COLPENSIONES: (i) la totalidad del capital ahorrado, (ii) los rendimientos financieros obtenidos y (iii) los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

De igual forma, no puede verse afectada la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, pues debe garantizarse que COLPENSIONES reciba una suma equivalente a la que correspondería con rendimientos financieros, en caso de que el demandante no se hubiese trasladado. Además, es claro que en la forma como se distribuyen las cotizaciones en el RAIS, parte de ellas se imputaron a gastos de administración, compañías aseguradoras y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima sumas que, como se dijo, no pueden ser inferiores al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que el actor hubiere permanecido bajo la administración de COLPENSIONES.

Además, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-3464 de 2019, señaló que *“La Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital*

ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones".

Así pues, es necesario dejar claros algunos aspectos en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineficacia. En este sentido la Sala, a partir del precedente jurisprudencial, ha identificado los siguientes conceptos:

1. **Capital ahorrado:** Este concepto constituye el sustento financiero del pago de la prestación y conforme con lo dispuesto en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 debe ser trasladado cuando exista movilidad del RAIS al RPM¹.
2. **Rendimientos:** En igual sentido que el concepto anterior, soportan el pago de la pensión y se trasladan conforme a lo enseñado por el canon 113 ídem, destacando con respecto a estos como lo enseñara la Corte desde la sentencia 31989 de 2008, que su devolución se sustenta en que el mayor valor de la cosa aprovecha al vendedor cuando la restitución se debe al incumplimiento del comprador².
3. **Gastos de administración**³, concepto consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y cuyo valor corresponde a 3 puntos de la cotización obrero patronal efectuada, la cual se destina al pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, primas de seguros del Fogafín y los pagos correspondientes a la AFP por su gestión.

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.

En lo referente al traslado de estos rubros por parte de las administradoras del RAIS a COLPENSIONES, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha encontrado 2 razones fundamentales para soportar esta orden: (i) la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron recibir estos beneficios⁴, (ii) la devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones⁵.

Finalmente, se recuerda la necesidad de que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio **y se entreguen debidamente indexados**⁶, a efectos de que el dinero no pierda su capacidad adquisitiva, sin que ello resulte incompatible con la devolución de los rendimientos restituidos, de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil.

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

Por lo anterior,, es necesario **ADICIONAR** la sentencia para **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** que además de lo ordenado por el juez, teniendo como base la sostenibilidad financiera del sistema y que la presente sentencia se revisa en grado jurisdiccional de consulta, devuelva lo

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.

correspondiente a la **prima de reaseguro de Fogafín**, debidamente **indexada** con cargo a sus propios recursos, siempre y cuando dentro del período de afiliación se realizaran dichos descuentos, como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1688-2019, postura que comparte la Sala.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1688-2019, SL373-2021 y SL4062-2021 ha señalado que la prosperidad de la ineficacia es el resultado del incumplimiento de un elemento estructural del negocio por lo que, al no haber producido efectos, el solo transcurso del tiempo no tiene la virtualidad de integrar los elementos omitidos. Dicha postura la comparte esta Sala por lo que no está llamada a prosperar la excepción en estudio.

Debe dejarse también en claro que los conceptos a devolver por el fondo privado corresponden a sumas que están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de una posible prestación; en consecuencia, están ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, aspecto por el cual tampoco pueden estar sometidos a prescripción, tal y como se señaló en la sentencia SL1473-2021 de la Alta Corte.

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

Las costas procesales de la primera instancia como lo dijo el Juez. Sin costas en esta instancia ante el grado jurisdiccional de consulta.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

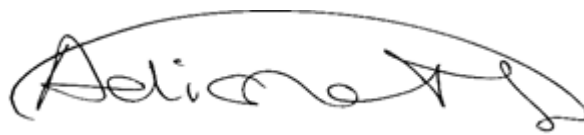
PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** demás de lo ordenado, la **prima de reaseguros de Fogafín**, debidamente **indexada**, con cargo a sus propios recursos, por el lapso en que la actora permaneció allí, siempre y cuando dentro del período de afiliación se hayan realizado estos descuentos.

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

TERCERO: Las costas procesales y agencias en derecho como se dejó dicho en la parte motiva.

La presente providencia se notifica por edicto.

Los Magistrados,



ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ