

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. /

HECHOS: El demandante solicita que se declare la ineficacia de su vinculación al RAIS; y, en consecuencia, se condene a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones, el valor de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las comisiones de administración y los rendimientos causados; y a Colpensiones a tenerlo como su afiliada sin solución de continuidad. Por su parte, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: Inexistencia de la obligación, improcedencia de la ineficacia del traslado, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, ausencia de requisitos para trasladarse, imposibilidad de condena en costas, buena fe, y compensación. De otro lado, Protección S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: Inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de recursos públicos. El Juez Décimo Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del 22 de enero de 2023, declaró la ineficacia del traslado al RAIS, ordenando a Protección S.A. a que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia traslade a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del accionante, con frutos y rendimientos financieros, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia de conformidad con el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, serán: (i) Determinar si el acto jurídico que generó el traslado de régimen del demandante al RAIS resulta o no eficaz, (ii) Establecer qué conceptos están obligadas a devolver los fondos privados a Colpensiones (iii) Revisar si operó la prescripción.

TESIS: La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un nutrido precedente en materia de la obligación de información de los fondos de pensiones, siendo sus sentencias fundantes la 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, a las que ha seguido una copiosa producción al resolver recursos de casación en las sentencias SL1688 de 2019, SL4360 de 2019, SL4426 de 2019, SL2611 de 2020, SL2877 de 2020, SL-1217 de 2021 y 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, el traslado al RAIS a través de Protección S.A. se hizo efectivo el día 1 de junio de 1995, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual la jurisprudencia en interpretación del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 ha exigido la demostración por parte de las administradoras de pensiones del cumplimiento del deber de entregar una información necesaria y transparente, conceptos que se explican en la sentencia SL-1452-2019 de la siguiente forma: Información necesaria: consistente en

la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, lo que implica un comparativo entre las vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Transparencia: La AFP a través de su promotor debe comunicar a su potencial afiliado en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. (...) Ahora, sobre las obligaciones que recaen en las administradoras de pensiones es bastante ilustrativa la sentencia SL-782 de 2021, donde la Corte Suprema de Justicia indicó que según su línea jurisprudencial se debe declarar la ineficacia cuando quiera que: ...i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional. A partir de lo anterior, encuentra la Sala que no demostró Protección S.A. que cumpliera con su deber de información, por lo que la consecuencia es que la afiliación efectuada a este fondo devenga ineficaz de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y en ese sentido se Confirmará la decisión de primera instancia. (...)

M.P. CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

FECHA: 21/03/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN



SALA LABORAL
Acta 075

Proyecto discutido y aprobado en sala virtual

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 resuelve el recurso y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública, en el proceso ordinario laboral promovido por **ALVARO LEÓN GÓMEZ BOTERO** contra **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

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

ANTECEDENTES

Pretensiones

El demandante solicita que se declare la ineficacia de su vinculación al RAIS; y, en consecuencia, se condene a **Protección S.A.**, a trasladar a **Colpensiones**, el valor de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las comisiones de administración y los rendimientos causados; y a **Colpensiones** a tenerlo como su afiliada sin solución de continuidad.

Hechos

El actor fue afiliado al **ISS** hoy **Colpensiones**, el 1 de octubre de 1991, se trasladó al RAIS administrado por **Protección S.A.** el día **1 de junio de 1995**, en el cual permanece.

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

Contestación Colpensiones

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

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: Inexistencia de la obligación, improcedencia de la ineficacia del traslado, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción ausencia de requisitos para trasladarse, imposibilidad de condena en costas y buena fe, prescripción, compensación, pago e improcedencia de condena en

Respuesta Protección S.A.

La administradora privada de pensiones a través de apoderado manifestó que no le constan en general los hechos de la demanda, pero que sí le brindó a la actora la información suficiente exigida en el momento del traslado.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones: Inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de recursos públicos.

Sentencia de Primera Instancia

El Juez Décimo Laboral del Circuito de Medellín, en sentencia del **22 de enero de 2023**, **declaró** la ineficacia del traslado al RAIS, ordenando a Protección S.A. a que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia traslade a COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del accionante, con frutos y rendimientos financieros, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse estas órdenes, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás Información relevante que los justifiquen.

Finalmente, ordenó a **Colpensiones** recibir estos valores y homologarlos como semanas cotizadas teniendo a la actora como su afiliada para efectos pensionales.

Esta decisión no fue apelada por lo que se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos de conclusión

Corrido el término de traslado consagrado en la ley 2213 de junio de 2022, la parte demandante señaló: Se solicita al despacho que proceda a confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el a quo, es decir, confirmando la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuara la parte demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado en su momento por el ISS y hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual y como consecuencia de tal ineficacia, el retorno sin solución de continuidad del RAIS al RPM. Debe tener presente el despacho que a mi poderdante, la AFP privada, al momento de efectuar el traslado inicial de régimen pensional, no le brindó una asesoría clara, completa y eficiente, la cual le permitiera tomar una decisión consiente sobre las implicaciones que en su futuro pensional acarrearía dicho traslado, por lo cual, ante la falta de esa asesoría e información, no puede hablarse que el traslado de régimen pensional se dio de manera libre y voluntaria, así las cosas, al no ser libre y voluntaria la decisión por el desconocimiento de las consecuencias que este le ocasionaría, el mismo se torna ineficaz, tal y como lo indica el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 271 del mismo texto normativo.

Problema Jurídico

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

CONSIDERACIONES

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

1. El señor **Álvaro Leon Gómez Botero** fue inicialmente afiliado al **ISS** hoy **Colpensiones** el 1 de octubre de 1991.
2. El actor se trasladó al RAIS administrado por **Protección S.A.** afiliación efectiva desde el **1 de junio de 1995**.

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

El precedente jurisprudencial en materia de traslado de régimen pensional.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado un nutrido precedente en materia de la obligación de información de los fondos de pensiones, siendo sus sentencias fundantes la 31314 y 31989 del 9 de septiembre de 2008, a las que ha seguido una copiosa producción al resolver recursos de casación en las sentencias SL1688 de 2019, SL4360 de 2019, SL4426 de 2019, SL2611 de 2020, SL2877 de 2020, SL-1217 de 2021 y SL-755-2022.

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, el traslado al RAIS a través de **Protección S.A.** se hizo efectivo el día **1 de junio de 1995**, lo que se corresponde con el primer momento, ciclo para el cual la jurisprudencia en interpretación del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 ha exigido la demostración por parte de las administradoras de pensiones del cumplimiento del deber entregar una información necesaria y transparente, conceptos que se explican en la sentencia SL-1452-2019 de la siguiente forma:

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

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

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

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

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

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

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

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

De los efectos de la ineficacia

El Juez de primera instancia **condenó** a **Protección S.A.** a trasladar a **Colpensiones** los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima, orden que encuentra ajustada la Sala, pues durante el periodo en que el actor estuvo vinculado al RAIS, se privó a **Colpensiones** del cobro de los gastos de administración en su favor, y en ese orden el restablecimiento de las cosas a su estado inicial no puede perjudicar al fondo de naturaleza pública, por lo que precisamente con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esta entidad tiene derecho a recibir 3 puntos porcentuales del aporte por gastos de administración, concepto del que se le privó de recibir como consecuencia del acto declarado ineficaz.

Ahora, siendo este un aspecto conocido en el grado de consulta es necesario dejar algunos aspectos claros en lo referente a los conceptos que deben ser devueltos por las AFP del RAIS cuando se declara la ineficacia y en ese sentido esta Sala a partir del precedente jurisprudencial a identificado los siguientes conceptos:

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

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

Finalmente, en este aspecto se recuerda la necesidad que estos conceptos sean asumidos por la administradora con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados⁶.

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

A partir de lo anterior, encuentra la Sala que le asistió razón al juez de primera instancia al ordenar la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales debiéndose **ADICIONAR** la sentencia para ordenar a **Protección S.A.**, que traslade a Colpensiones las sumas descontadas por prima de reaseguros del Fogafín, en caso de haberse realizado esos descuentos, durante el periodo que se mantuvo vigente la vinculación del demandante, sumas que deberá asumir con cargo a su propio patrimonio y trasladar indexadas.

De la excepción de prescripción

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

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 precedente la devolución de los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, máxime cuando estos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas en una subcuenta separada con el fin de financiar aquellas prestaciones.

Costas

Sin costas en esta instancia.

Decisión

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

RESUELVE

CONFIRMAR la providencia de primera instancia proferida por el Juez Décimo Laboral del Circuito de Medellín, el día **22 de enero de 2024**, en el proceso ordinario laboral adelantado por el señor **ALVARO LEÓN GÓMEZ BOTERO** contra **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

ADICIONÁNDOLA para indicar que también deben ser trasladados por parte de **Protección S.A.**, los valores cobrados por prima de reaseguros de Fogafin, en caso que dentro del período de afiliación se realizaran descuentos para ese rubro, tales sumas también deberán ser incluidas en los valores a devolver a Colpensiones debidamente indexados.

Sin costas en esta instancia.

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

Los magistrados,



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO