

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN**  
**SALA LABORAL**

***Magistrado Ponente:***  
***LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS***

Popayán, seis (06) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JAIME GUTIÉRREZ BALCÁZAR
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. 2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. – AFP PORVENIR S.A.
RADICADO N°	19-001-31-05-002-2022-00325-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
JUZGADO DE ORIGEN	JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN ©
MINISTERIO PÚBLICO	Dr. EDGAR RODRIGO YEPES PONCE Procurador 34 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social.
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS - PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	Se ADICIONA el ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada y consultada, con relación al demandante JAIME GUTIÉRREZ BALCÁZAR, para adicionar dentro de los valores a devolver por la AFP PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, además de los conceptos determinados por el A quo: (1) la indexación de los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima; y (2) la devolución de los rendimientos financieros sin indexación.  EN LO DEMÁS, SE CONFIRMA.

## 1. ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, la Sala Laboral de esta Corporación Judicial, integrada por los Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado Ponente, procede a proferir sentencia escrita que resuelve los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados judiciales de la parte demandada AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES; y el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, únicamente a favor de la entidad pública demandada COLPENSIONES, contra la sentencia del primero (1º) de agosto del año dos mil veintitrés (2023), en primera instancia, proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DE POPAYÁN, CAUCA, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL de la referencia, promovido por el señor JAIME GUTIÉRREZ BALCÁZAR, contra las entidades apelantes.

Aprobado el proyecto presentado por el Magistrado Ponente, la Sala procede a proferir la presente sentencia, previo el recuento de los siguientes,

## 2. ANTECEDENTES

### 2.1. Hechos y pretensiones de la demanda

Pretende el demandante: **(i) se declare** la ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por PORVENIR S.A., por existir un vicio en el consentimiento. Como consecuencia de la anterior declaración, **(ii) se condene** a PORVENIR S.A. a devolver al RPM los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, **(iii) se condene** a COLPENSIONES a garantizar su afiliación y asegurar el traslado de sus aportes, y **(iv) se condene** al pago de costas y agencias en derecho, así como lo que ultra o extra petita haya lugar (páginas 1 a 9, del archivo 003DemandaPoderAnexos, del cuaderno digital 01).

El apoderado argumenta, el señor Gutiérrez Balcázar estuvo afiliado al régimen del sector público desde el 26 de diciembre de 1982 hasta el 3 de marzo de 1999. En abril de 1999, asesores de la AFP Porvenir S.A. visitaron al actor en su lugar de trabajo para convencerlo de continuar la cotización en el RAIS, prometiéndole una mejor pensión, la posibilidad de retirar los saldos acumulados a su voluntad y la opción de pensionarse anticipadamente. Sin embargo, según el apoderado, omitieron información crucial que habría permitido una decisión consciente y libre. Con base en esa información, el señor Gutiérrez suscribió un formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. en abril de 1999. Además, la simple firma en un formulario impreso no exime a la AFP de su deber de informar adecuadamente al usuario.

El apoderado también señala que el actor solicitó regresar al régimen del sector público, pero ambas entidades le negaron la solicitud.

## **2.2. Contestación por PORVENIR S.A.**

En respuesta a la acción legal, la AFP PORVENIR S.A., representada por su apoderada judicial, se opone a todas las pretensiones. Argumenta que la afiliación del demandante cumple con los Decretos 663 de 1993, 692 de 1994 y 1161 de 1994, que no contemplan que la asesoría debía estar documentada, así como la jurisprudencia vigente y se proporcionó una asesoría integral al demandante.

Excepciones de mérito: (1) prescripción, (2) prohibición legal de aplicar retroactivamente la ley, (3) cumplimiento del deber de información aplicable al momento de la vinculación, (4) principio de confianza legítima, (5) falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, (6) buena fe, (7) inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, (8) innominada o genérica, (9) inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, y (10) debida entrega de información por parte del fondo (archivo: 010ContestacionDemandaPorvenir).

### **2.3. Contestación por COLPENSIONES**

En ejercicio del derecho de contradicción y defensa, el apoderado judicial de COLPENSIONES respondió a la demanda, contestando cada uno de los hechos presentados. Posteriormente, se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que el traslado de régimen pensional realizado por el demandante del RPMPD al RAIS fue llevado a cabo por el señor Balcázar de manera libre, informada y consciente.

El apoderado de COLPENSIONES destaca que la entidad no estuvo involucrada en la decisión del demandante de trasladarse de forma voluntaria, actuando como un tercero de buena fe. Por lo tanto, sostiene que los efectos de dicho traslado y la conducta de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) no pueden ser atribuidos a COLPENSIONES.

Propuso como excepciones de fondo: (1) inexistencia de la obligación, (2) indebida interpretación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional, (3) inexistencia de vicio en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante que traiga como consecuencia la ineficacia o invalidez de la misma, (4) imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos, (5) buena fe, (6) inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, (7) prescripción, (8) responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, (9) juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado, (10) improcedencia de la declaración de ineficacia y/o nulidad de traslado en casos en que el actor se encuentre pensionado o cumpliendo los requisitos para la obtención de la pensión, y, finalmente, (11) Innominada o genérica (Archivo: 015 ContestacionDda.Colpensiones).

### **2.4. Intervención del Ministerio Público**

El doctor EDGAR RODRIGO YEPES PONCE, en calidad de Procurador 34 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, a través de memorial que obra en autos (013 ConceptoPreliminarMin.Pco), respecto a la petición de que se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, en la medida que se dice

no se suministró una asesoría idónea y completa para realizar el mismo, es decir, por incumplimiento al deber de información, señala que, el MINISTERIO PÚBLICO no se opone a las peticiones expuestas en la demanda si se prueban las afirmaciones que allí se hacen y se atiende a los hechos que las partes intervinientes demuestren en el curso del proceso.

Con relación al tema objeto de debate, expone que, según el artículo 13(b) de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema pensional en Colombia tienen la libertad de elegir uno de los dos regímenes pensionales establecidos. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia establece que al optar por un régimen pensional, las Administradoras de Fondos de Pensiones están obligadas a proporcionar información completa, clara y oportuna, incluyendo alternativas, beneficios e inconvenientes, para que el afiliado pueda tomar una decisión informada. Además, el Tribunal de Justicia Laboral señala que es responsabilidad de las Administradoras de Fondos de Pensiones demostrar que proporcionaron la información necesaria para validar el traslado de régimen pensional. En este caso, dicha responsabilidad recae en la AFP Porvenir S.A.

Conforme al precedente jurisprudencial, concluye, si la AFP Porvenir S.A. no demuestra durante este proceso que cumplió con la obligación de informar al demandante sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional, el traslado realizado por el actor sería considerado ineficaz debido a la falta de consentimiento informado, correspondiendo a Colpensiones aceptar sin dilaciones y habilitar el traslado al RPM.

## **2.5. Decisión de primera instancia:**

El **JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, (CAUCA)** se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día 1 de agosto de 2023, y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA**, en la cual resolvió: [...] **(2) DECLARAR** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, la **INEFICACIA del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad** que a partir del 01 de abril de 1999 se atribuye al señor JAIME GUTIÉRREZ

BALCÁZAR, identificado con cédula de ciudadanía No. 14.884.290, a través de la AFP PORVENIR S.A., ante la ausencia de un consentimiento libre, voluntario e informado en la escogencia del régimen de ahorro individual; **(3)** Consecuencia de lo anterior, el accionante conservó su derecho a permanecer en el régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por COLPENSIONES; en consecuencia, **se CONDENA a PORVENIR S.A.** como última administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiese recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, bonos pensionales si es del caso, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, advirtiendo que los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización y aportes.

Estos valores deberán ser recibidos por COLPENSIONES en razón a la ineficacia que se declara. **(4) NIEGA** la excepción de prescripción propuesta en cada uno de los procesos; y, finalmente, **(5) CONDENA** en costas a PORVENIR S.A.

**TESIS DEL JUEZ:** Para adoptar tal decisión, adujo que, el fondo privado no acreditó en el expediente, el cumplimiento de la obligación de dar información clara, detallada y suficiente en el traslado de régimen que hiciera la promotora de la acción. Que el diligenciamiento del formulario no es prueba suficiente de una manifestación libre de la voluntad. Por lo tanto, concluyó que hay lugar a declarar su ineficacia al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Precisó que el fenómeno prescriptivo no es aplicable para asuntos de esa naturaleza.

## **2.6. Recurso de apelación de PORVENIR S.A.**

La apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. presenta recurso de apelación frente a la orden impartida en la sentencia de primera instancia. Sostiene en su defensa que la decisión apelada

desconoce las reglas en materia de restituciones mutuas y el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa. Destaca que el régimen de las restituciones mutuas tiene como objetivo fundamental asegurar que los traslados patrimoniales, que carecen de justificación debido a la declaración de ineficacia de un acto jurídico, sean devueltos a las partes originales. Este proceso busca restablecer las circunstancias en las que estas partes se encontrarían si el acto no hubiera ocurrido. Sin embargo, esta restitución puede ser compleja cuando refiere a prestaciones que no pueden revertirse, como la gestión de recursos de los afiliados a fondos de pensiones y cesantías.

Las obligaciones de las administradoras de estos fondos, como invertir y garantizar rentabilidad, generan beneficios para los afiliados, cuyos rendimientos se utilizan para financiar las prestaciones. Aunque las prestaciones de hacer no pueden revertirse, estas obligaciones buscan proteger el patrimonio del afiliado para su pensión. Por tanto, **no se considera un deterioro al patrimonio del afiliado los gastos necesarios para cumplir con estas obligaciones**, ya que su propósito es conservar los recursos del afiliado.

Por otra parte, **cuestiona la restitución de las primas de seguros previsionales**, argumentando que el contrato de seguro provisional está sujeto a un término específico, después del cual el asegurador recibe definitivamente la prima, según el artículo 1070 del Código de Comercio. En este caso, el seguro es adquirido por las administradoras conforme a una obligación legal establecida en la Ley 100 de 1993, vinculada a la afiliación al Rais. La ineficacia del traslado de régimen pensional no afecta al contrato de seguro, que sigue siendo válido y produciendo efectos durante su vigencia. Por lo tanto, no es posible la devolución de las primas de seguro provisional pagadas por el demandante.

Finalmente, **cuestiona la indexación** ordenada por la juez en primera instancia. Se rechaza la doble condena por el mismo concepto, argumentando que generar rendimientos actuales y dinero indexado constituiría una doble indemnización. Se apela a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para respaldar este argumento.

## **2.7. Recurso de apelación de COLPENSIONES**

Argumentó que la sentencia emitida en este asunto resalta que la AFP Porvenir no proporcionó la información adecuada a los demandantes sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional, lo que implica una inversión de la carga de la prueba en la que la AFP debe demostrar la asesoría brindada al momento del traslado. Sin embargo, se subraya que la selección de régimen pensional es libre y voluntaria según el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y que esta elección implica la aceptación de las condiciones del régimen escogido.

Se hace referencia a jurisprudencia de la Corte Constitucional que indica que el derecho al traslado no es absoluto y debe considerar criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales. Además, se destaca que la carga económica de las condenas recae en Colpensiones, lo que afecta la sostenibilidad fiscal y financiera del régimen de prima media.

Por lo tanto, se solicita respetuosamente a los magistrados revisar la sentencia emitida y revocarla en virtud de las argumentaciones presentadas.

## **3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

De conformidad con la nota secretarial suscrita por el secretario de esta Sala (07(1)NotaADespachoVencidoTrasladoAlegatosJaime, del Cuaderno del Tribunal), únicamente se recibió escrito de alegatos por parte de Colpensiones.

**Colpensiones** a través de su apoderado judicial presentó oportunamente alegatos (06(8)AlegatosColpensiones), solicitando que se declaren probadas las excepciones de fondo propuestas con la contestación de la demanda, asimismo que se revoque la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, el cual declaró la ineficacia del traslado, y, que, en consecuencia, se dé por terminado el proceso. Finalmente solicita se condene a la parte demandante en costas del proceso.

#### 4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

**COMPETENCIA:** En virtud de que la providencia de primera instancia fue apelada por la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, quienes integran la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del CPTSS, modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, esta Sala de Tribunal es competente para desatar los recursos contra la sentencia de primer grado.

De igual forma, se tramitará conjuntamente el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA al ser desfavorable la sentencia a COLPENSIONES.

**Los sujetos procesales tienen capacidad jurídica** para actuar en este proceso y están representados por sus apoderados.

**En relación con la legitimación en la causa por activa y pasiva** no hay objeción alguna, porque la acción la ejerce el presunto titular del derecho reclamado, en contra de las personas jurídicas eventualmente obligadas a reconocerlo.

**El funcionario judicial que conoció del asunto es el competente** y el trámite satisfizo las exigencias de forma previstas en la ley.

Por lo tanto, se cumplen todos los presupuestos procesales, sin encontrarse nulidades insanables.

#### 5. ASUNTOS POR RESOLVER

Acorde con los recursos de apelación y para responder al grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala Laboral resuelve los siguientes problemas jurídicos, los cuales se rigen por el **principio de consonancia** que gobierna la segunda instancia, por lo que, de entrada, hay que señalar, no obstante los alegatos de conclusión constituyen la oportunidad procesal otorgada a las partes para que, si a bien lo tienen, manifiesten sus impresiones respecto de lo ocurrido en el trasegar de la instancia correspondiente, con ellos no se abre la posibilidad a las partes

para adicionar o variar los cargos de la demanda o los fundamentos de la apelación.

En ese orden, los **PROBLEMAS JURÍDICOS** a estudiar son los siguientes:

**5.1.** Para dar respuesta al recurso de apelación por parte de COLPENSIONES:

*¿Procede la declaración de ineficacia del traslado del demandante JAIME GUTIÉRREZ BALCÁZAR, del RPM al RAIS, declarada por el Juez de Primera Instancia?*

Los asuntos asociados que se analizan incluyen: **(i)** el principio de la sostenibilidad financiera, **(ii)** el deber de información a cargo de las administradoras de fondo de pensiones y desde cuándo existe ese deber; **(iii)** la carga de la prueba en los casos de ineficacia de traslado de régimen pensional y, **(iv)** la teoría de los actos de relacionamiento.

**5.2.** De ser procedente la declaración de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, en respuesta al tema sustentado en la apelación por parte de la AFP PORVENIR S.A., se pasa a resolver:

*¿Se ajusta al ordenamiento jurídico la decisión del Juez de ordenar a la AFP Porvenir S.A. que traslade al RPM administrado por Colpensiones, los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales?*

En virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES, basándose en precedentes similares, se llevará a cabo un examen detallado para determinar *¿qué valores deben ser trasladados del fondo privado PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, con el objetivo de asegurar la estabilidad financiera del sistema de pensiones?*

**5.3.** En sede de consulta en favor de Colpensiones, se debe verificar también la legalidad de la negativa a la declaración de la excepción de prescripción alegada por la pasiva.

**5.4.** Finalmente, en respuesta a otro de los temas apelados por el fondo privado de pensiones, si procede la indexación de los valores a devolver a Colpensiones.

## **6. RESPUESTA AL RECURSO DE APELACIÓN DE COLPENSIONES SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL:**

La respuesta al primer interrogante **es positiva**, ya que correspondía al fondo privado demostrar que la vinculación inicial del demandante a dicho régimen pensional fue una decisión libre, informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias. Al incumplir con esa carga probatoria, resulta procedente declarar la ineficacia pretendida en el introductorio.

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas jurídicas y fácticas:

**6.1.** El legislador, en ejercicio de su potestad de configuración y en desarrollo del artículo 48 de la Carta, por medio del artículo 12 de la Ley 100 de 1993, diseñó un sistema de seguridad social en pensiones tendiente a brindar protección a todos sus afiliados y a su grupo familiar ante las contingencias de invalidez, vejez o muerte, a través de dos regímenes excluyentes, regidos por el principio de la solidaridad:

- (i) *El régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones.*
- (ii) *El sistema de ahorro individual con solidaridad, bajo la tutela de las Administradoras de pensiones privadas.*

**6.2.** Según el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 el régimen solidario de prima media con prestación definida es “*aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas*”.

En este régimen, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen “*un fondo común de naturaleza pública*” que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley<sup>1</sup>. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

**6.3.** De conformidad con el inciso primero del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el régimen de ahorro individual con solidaridad “*es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados*”.

**6.4.** En punto a la afiliación y traslado entre los dos regímenes pensionales RPM y RAIS, el legislador dispone las siguientes reglas:

**“Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones.** *El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:*

(... ...)

*“b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntario por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”*

(... ...)

Según el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su texto original, aplicable al presente caso en tantos los hechos que lo motivan acaecieron en el año 1999 (año del traslado de régimen),

---

<sup>1</sup> Ley 100 de 1993, Artículo 32.

el traslado entre los dos regímenes pensionales sólo se puede realizar por una sola vez cada tres (3) años contados desde la selección inicial. Luego, con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003, el plazo de traslado se extendió a cinco (5) años.

**6.5.** Por medio del artículo 60 de la Ley 100/93, se regula las características del régimen pensional RAIS, y en lo que interesa, se resalta lo dispuesto en el literal c, en su versión original, atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 1999:

*c) Los afiliados al sistema podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras, y seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones;*

La reglamentación del literal c del artículo 60 en cita anterior, aparece en las siguientes normativas:

Sobre la escogencia del régimen pensional, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por medio del cual se reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, original, en lo relevante para resolver, regula que:

***“Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación.***

*La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

*Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora”.*

**6.6.** A su vez, en el artículo 72, literal f) del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF) aplicable al presente caso en su texto original, por razón del traslado en el año 1999, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

*“Artículo 72. Reglas de conducta de los administradores. Los administradores de las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria deben obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio a los intereses sociales, absteniéndose de las siguientes conductas:*

*(... ...)*

*f. Abstenerse de dar la información que, a juicio del Superintendente Bancario, deba obtener el público para conocer en forma clara la posibilidad que la institución tiene de atender sus compromisos. (... ...)*

Y en el numeral 1, del artículo 97, del EOSF, en su versión original se disponía:

*Artículo 97: Información:*

*“1. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.”*

**6.7.** Por medio del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, se disponen las sanciones, en el evento del incumplimiento de las reglas sobre libre escogencia del régimen pensional que le asiste al trabajador, o cuando **“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa... ...**

Y, además, expresamente se dispone que

**(... ..) La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.**

**6.8.** En cuanto a la carga de la prueba, aplica el artículo 1604 ibidem, el cual consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos incumbe al que ha debido emplearlo.

**6.9.** En referencia a casos similares al presente y específicamente en cuanto al deber de suministrar información clara, amplia y suficiente sobre los aspectos positivos y negativos de los regímenes pensionales durante la afiliación y/o traslado entre regímenes, la Corte Suprema de Justicia (CSJ-SL) ha establecido una tesis consolidada. Esta línea jurisprudencial puede consultarse en diversas sentencias, entre las que se incluyen las emitidas el 9 de septiembre de 2008 con radicados 31989 y 31314, la sentencia del 22 de noviembre de 2011 con radicado 33083, las sentencias SL12136-2014 y SL19447-2017, así como las sentencias SL4964 y SL4689, ambas del 2018, la sentencia SL1421-2019, SL373-2021 y SL3156-2022.

En la sentencia CSJ SL1452-2019, la CSJ Sala Laboral se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una *expectativa de pensión* o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

*(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía*

*personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3. °, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

*(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.*

*(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.*

Esta línea de pensamiento, con valor de doctrina probable, se reafirma en la providencia de la CSJ, SL1440-2021.

**6.10.** En cuanto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la

información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado.

Así lo consigna en la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019, luego de CASAR la sentencia del Tribunal, profiere la sentencia de instancia:

*“3.2. Excepción de saneamiento de la nulidad relativa.*

*La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018). ]*

*Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*(...)*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto*

*tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

*Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insanable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.*

Esta línea se reitera en la sentencia del 03 de julio de 2019, SL2422-2019, en la sentencia CSJ-SL1440-2021 y más reciente SL610-2023 y SL689-2024.

#### **6.11. HECHOS PROBADOS RELEVANTES:**

Del examen de los medios de prueba más relevantes, aportados por las partes y ordenados como pruebas en la audiencia del artículo 77 del CPL, sin tachas, en conjunto con las contestaciones a la demanda por las respectivas entidades demandadas, se obtienen los siguientes hechos probados:

**6.11.1.** En primer lugar, está probado, a lo largo de su vida laboral el señor JAIME GUTIÉRREZ BALCÁZAR efectuó cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Inicialmente, estas cotizaciones se realizaron a través del Instituto de Seguros Sociales (ISS), actualmente conocido como Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), entidad perteneciente al régimen de prima media con prestación definida.

La prueba de la afiliación inicial a COLPENSIONES se fundamenta en un extracto de la cuenta individual proporcionado por Porvenir S.A. En este extracto, se evidencian algunos aportes realizados a nombre del demandante en el RPM.

Resumen de mi cuenta individual de ahorro pensional a lo largo de mi vida laboral					
Tiempo de afiliación al Sistema	Semanas en Régimen de Prima Media	Semanas en Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad	Total Semanas Cotizadas		
 Desde diciembre 26 de 1982 * hasta diciembre 31 de 2022	459	+	1217	=	1676

Figura 1: Pantallazo tomado de la página 2, del archivo 007Extracto, de la carpeta #011.

Además, la Sala pudo verificar la afiliación del señor Gutiérrez Balcázar al RPM mediante el historial para bono pensional. Esta información está contenida en el archivo 011HL Bono, ubicado en la carpeta número 11, donde se aprecia aportes al extinto ISS desde el año 1982, hasta el 28/02/1999. Adicionalmente, en el expediente administrativo aportado por Colpensiones se aprecia en la historia laboral de dicha entidad estuvo afiliado a dicho régimen el 31/03/1997.

#### INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	Cédula de Ciudadanía	Fecha de Nacimiento:	05/11/1961
Número de Documento:	14884290	Fecha Afiliación:	31/03/1997
Nombre:	JAIME GUTIERREZ BALCAZAR	Correo Electrónico:	
Dirección:	CALLE 4 1 - 73	Ubicación:	
Estado Afiliación:	Asignado al RAI por Decreto 3995/2008		

**6.11.2.** El traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), por parte del demandante, se prueba con la copia del formulario de vinculación a PORVENIR S.A. que obra en el archivo 009FormularioAfiliación, de la carpeta 011ContestacionPorvenir. El formulario se identifica con el No. 01149857 y fue suscrito por el demandante el 27 de febrero de 1999.

La afiliación del señor Balcázar a la Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir S.A. desde el 01 de abril de 1999 se corrobora con el extracto de la cuenta individual de ahorro pensional, aportado por Porvenir S.A. (007Extracto, de la carpeta #011); al igual que con el contenido de la certificación expedida el día 06 de marzo de 2023, por parte del Gerente de Clientes de Porvenir S.A., donde se hace constar que **“JAIME GUTIÉRREZ BALCÁZAR, identificado(a) con Cédula de Ciudadanía 14.884.290, se encuentra afiliado(a) en el FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS PORVENIR desde el 01 de abril de 1999”** (Archivo:

006Certificado afiliación, ubicado en la Carpeta #011, del cuaderno 01).

De acuerdo con la historia laboral en pensiones, aportada como anexo a la demanda (páginas 24 a 30, del archivo 003 DemandaPoderAnexos), actualizada para el 03 de marzo de 2021, se prueba que el señor JAIME GUTIÉRREZ cuenta en total con 1646 de semanas cotizadas, de las cuales 0.4 corresponden a semanas cotizadas a entidades públicas, 459.1 son semanas válidas para bono y 1187,1 semanas fueron cotizadas exclusivamente al RAIS.

## **6.12. CONCLUSIONES:**

**6.12.1.** Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados, en el momento del traslado al RAIS, el 01 de abril de 1999, el señor JAIME GUTIÉRREZ BALCÁZAR estaba previamente afiliado al régimen de prima media administrado por el ISS, hoy Colpensiones.

**6.12.2.** Del análisis conjunto de los medios de prueba documentales presentados con la demanda y su contestación, esta Sala concluye, la demandada PORVENIR S.A., estando obligada, no logró demostrar en el transcurso del proceso, a través de cualquier medio de prueba, que, en el año 1999, al momento en que el demandante Gutiérrez Balcázar suscribió la solicitud de traslado, ni en ningún otro momento posterior, se le proporcionó información clara, completa y veraz sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, con las proyecciones correspondientes.

Esta falta de demostración en el proceso, es indicativa que la demandante no pudo hacer una elección libre y consciente del traslado de régimen pensional, ya que no contó con pleno conocimiento para determinar cuál de los dos regímenes le resultaba más beneficioso. En caso de que se le hubiera explicado desde el principio el funcionamiento de la cuenta individual, la variabilidad de los rendimientos según el mercado y los factores

que afectan el monto de la pensión, la persona habría tenido información precisa para tomar una decisión informada sobre el traslado.

Este deber de información clara y completa de los dos regímenes, estaba vigente para la fecha del traslado, en el año 1999, cuando se dio la afiliación efectiva a la AFP PORVENIR S.A., acorde con la interpretación sistemática del literal b) del artículo 13, en conjunto con el artículo 271, ambos de la Ley 100 de 1993; en consonancia con los artículos 72, literal f) y numeral 1, del artículo 97, ambos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

**6.12.3.** La consecuencia jurídica de la falta de prueba del cumplimiento de este deber legal de la entrega de la debida información, es la prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sobre la INEFICACIA JURÍDICA DEL ACTO O NEGOCIO DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS, tal cual lo tiene decantado la CSJ-SL en las providencias transcritas.

La Sala reitera que la sola firma en un formulario, como sucede en este caso, no prueba la elección libre y voluntaria del traslado. Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - SL, dicho formulario preimpreso solo certifica un consentimiento, pero no un consentimiento informado.

Por lo tanto, no es suficiente adherirse a una cláusula genérica; el fondo privado debe demostrar que se informó al(la) afiliado(a) todos los elementos definatorios de los dos regímenes pensionales y que este tenía pleno conocimiento de la trascendencia de la decisión que estaba tomando, aspecto que no se evidencia en el caso del señor Gutiérrez Balcázar.

No constituyen indicios serios de la validez del traslado, el hecho de permanecer en el RAIS por más de 20 años sin presentar observaciones o quejas y no efectuar el derecho a retractarse dentro de los plazos legales.

**6.12.4.** Este vacío en la evidencia constituye un incumplimiento del deber de información por parte de la AFP, resaltando la importancia de una comunicación adecuada en los procesos de afiliación para evitar problemas como los que hoy suscitan la atención de esta Sala. En decisión SL563-2023, la CSJ-SL, Sala de Descongestión Nro. 02, recordó que es inadecuado encontrar saneada la omisión endilgada en los actos de relacionamiento (CSJ SL1561-2022) o por el desinterés del potencial afiliado en conocer más datos sobre el sistema o en el grado de instrucción de este (CSJ SL3349-2021).

Así, era en PORVENIR S.A. en quién recaía la carga de probar el cumplimiento de ese deber conforme al artículo 167 del CGP, pues si el señor JAIME GUTIÉRREZ BALCÁZAR sustentó su pretensión en la falta o en la indebida información por parte de dicha administradora, está aludiendo o poniendo de presente que la accionada incumplió el deber de asesoramiento, lo cual constituye una negación de carácter indefinido y por ello radicaba en cabeza de la demandada probar que sí cumplió con su deber legal, toda vez que la demostración de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearla.

**6.12.5.** Por último, la Sala advierte que la decisión de declarar la ineficacia del traslado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, ni del régimen de prima media, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJSL, sentencia SL2877-2020).

Además, con los recursos trasladados que ingresan al fondo común administrado por la pasiva Colpensiones, se va a sufragar las mesadas pensionales en favor del afiliado, cuando cumpla los requisitos legales, garantizándose así la sostenibilidad financiera de dicho fondo.

**6.12.6.** Por demás, importa resaltar, no es necesario estar *ad portas* de causar el derecho o tener un derecho causado, lo que la Corte ha limitado es regresar al RPM cuando al(la) demandante le ha sido reconocida la pensión de vejez, por tratarse dicho estatus de una situación jurídica inmodificable, lo que no es el caso de la demandante que aún conserva la calidad de afiliada al sistema general de pensiones (CSJSL, decisión del 31 de mayo de 2022 (SL1798-2022, Radicación N.º 89558).

**6.12.7.** Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la declaración de ineficacia del traslado al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A.

Se confirma también lo demás, en cuanto a la decisión de permanencia del señor JAIME GUTIÉRREZ BALCÁZAR en el RPM administrado hoy por COLPENSIONES, contenida en la sentencia objeto de apelación.

## **7. RESPUESTA A LA ORDEN DE DEVOLUCIÓN DE LAS PRIMAS DE SEGUROS, GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y DEMÁS VALORES A DEVOLVER COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RAIS, PARA CONTESTAR LA APELACIÓN Y LA CONSULTA:**

**Tesis de la Sala:** En respuesta a la apelación, resulta procedente confirmar la sentencia de primera instancia que ordenó la devolución de las primas de los seguros previsionales y gastos de administración, porque, de no hacerlo, se produce una desmejora en el capital que va a recibir Colpensiones para financiar la pensión del demandante y de paso, se produce un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

En sede de consulta, se confirma la devolución de (i) los bonos pensionales que hubiese recibido Porvenir, y (iii) lo descontado con destino al fondo de garantía de la pensión mínima. Se adiciona dentro de los valores a devolver por PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, además de los conceptos determinados por el A quo, los rendimientos financieros, sin indexación.

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

**7.1. Con relación con la devolución de los gastos de administración y comisiones** ordenados en la sentencia de primera instancia y a fin de dar respuesta a la apelación, la Sala avala esa decisión, por las siguientes razones:

Es procedente la condena a la devolución de los gastos de administración que se recibieron mientras el señor GUTIÉRREZ BALCÁZAR permaneció afiliado a ese fondo privado, por vía de la aplicación de la doctrina probable emanada de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiterada por ejemplo en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, al afirmar:

*“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)**”.* (Negrilla fuera del texto original).

Esta línea se reitera en providencia SL4174 del 2021, en la cual la CSJ-SCL expuso la justificación para que proceda el traslado de sumas tales como saldo de la cuenta individual, sus rendimientos, los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, entre otros:

*“También se ha dicho por la Sala que una vez se declara la ineficacia, debe la administradora de pensiones trasladar a Colpensiones, en este caso Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías, **además del saldo de la cuenta individual, sus***

**rendimientos y los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración debidamente indexados**, puesto que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: **Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley** (Negrilla con intención).

Por tal razón, tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. **Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).**”

En consecuencia, no es viable lo pretendido por PORVENIR S.A. en su recurso de alzada, pues la ineficacia del traslado deriva en la obligatoriedad de ordenar la devolución de cotizaciones, rendimientos, gastos de administración y comisiones, entre otros, amparado en la premisa desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ-SCL, SL4360-2019).

Con el fin de que conserven su valor actualizado al momento de su devolución, es procedente la indexación de los valores descontados.

El mismo precedente atrás expuesto, sirve de sustento para confirmar la devolución de bonos pensionales, en caso de que PORVENIR los hubiere hecho efectivos.

Sobre este punto y para responder la apelación de la apoderada de Porvenir S.A., sobre las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos.

De acuerdo con el precedente de la CSJSL, *“...el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las **restituciones mutuas** que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, **la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.**” (SL3349-2021) – Negrilla por la Sala-*

Así, la declaratoria de ineficacia conlleva, entonces, a la devolución con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, junto con los valores descontados de dicha cuenta por concepto de los gastos de administración, tal cual lo ordenó el juez.

**7.2. En cuanto a las sumas por concepto de la cotización destinada a la garantía de pensión mínima:** La Sala estima procedente en sede de consulta confirmar la decisión de que PORVENIR S.A. proceda a su devolución, como quiera que dicha garantía se financia con el 1.5% de la cotización obligatoria que mes a mes debe realizar el afiliado al RAIS y que en virtud de la declaratoria de ineficacia y la figura de las restituciones mutuas,

debe retornar íntegra al RPM (Se puede consultar, entre otras, la decisión SL563-2023).

A partir de lo consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, en concordancia con lo previsto en el artículo 1° de Decreto 4982 de 2007, se tiene que, tratándose de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el porcentaje general del 16% del IBC o en otras palabras, la cotización, se distribuye de la siguiente manera: el 11.5% para la cuenta individual de ahorro pensional; el 3% para financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y el 1.5% para asegurar la garantía de pensión mínima.

Entonces, como la ineficacia comporta el desconocimiento de los efectos jurídicos del acto de traslado desde el mismo momento en que aquél pretendió materializarse, siendo consecuencia obligada la devolución de la cotización completa, aunque en su momento la misma haya sido distribuida en la forma indicada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, así como también los rendimientos financieros causados en vigencia de la afiliación efectuada de manera irregular, como quiera que de no haberse presentado, en el RPM la cotización también habría obtenido rendimientos, se habrá de CONFIRMAR la parte resolutive de la sentencia consultada, por ser procedente la devolución por parte de la AFP Porvenir S.A. de las sumas que haya descontado con destino a la garantía de pensión mínima, de la cotizaciones obligatorias que mes a mes recibió a nombre del demandante JAIME GUTIÉRREZ BALCÁZAR, en tanto se trata de un rubro que en la actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada.

**7.3. En respuesta al punto apelado sobre la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR para la adquisición de los seguros previsionales,** se confirma tal condena, ya que son valores que hacen parte de la cotización y su devolución surge dentro de los efectos de la ineficacia del traslado, como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, y por

eso es que la Corte Suprema de Justicia a lo largo de su jurisprudencia ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

No se considera procedente que, para resolver la relación jurídica entre el afiliado y las administradoras vía ineficacia del traslado, se pueda echar mano a la validez de un contrato de seguro con un tercero, que es una relación jurídica ajena al proceso, de la cuál si surgiere algún derecho u obligación, debería resolverse en proceso aparte entre las partes interesadas.

Lo anterior, porque, el valor de las pólizas de seguro se saca del 3% de la cotización, destinado para el pago de las mismas y los gastos de administración, pero nunca de la cuenta individual del afiliado y conforme lo dispone el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS comprende el conjunto de entidades, normas y procedimientos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, los cuales están a cargo de Porvenir independientemente de cómo se financien, que en el caso de la pensión de sobrevivientes y de invalidez, se financian con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional, el bono pensional (si a ello hubiere lugar) y la suma adicional, que estará a cargo de la aseguradora.

De ahí que, permitir que Porvenir no devuelva el valor de las primas de los seguros previsionales, implicaría la violación directa del artículo 1746 del Código Civil, aplicable según la jurisprudencia y como se explicó anteriormente, a la figura de la ineficacia, en tanto la figura otorga a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, máxime, cuando en este proceso tampoco se ha demostrado que se contrató el seguro previsional ni el valor de la póliza que es colectiva y de participación, conforme al artículo 108 de la Ley 100 de 1993 y menos, cuál es el valor que de la respectiva prima de seguros que corresponde para que se pudiera proferir una decisión en concreto si llegare a ser procedente, por lo que también, por falta de prueba es imposible que no prospere lo referente a la devolución de las primas del seguro previsional, que como ya se dijo, se entienden incluidas en

la devolución de la cotización completa al RPM. Es decir, en sede de consulta, se confirma la sentencia consultada en este aspecto.

No sobra señalar, en decisiones SL-500-2022 y SL474-2023, la CSJSL precisó que los fondos privados se encuentran en la obligación de trasladar la Administradora Colombiana de Pensiones, aquellas sumas de dinero utilizados en seguros previsionales.

#### **7.4. Rendimientos financieros e indexación de los conceptos a devolver por parte de PORVENIR S.A., con destino a COLPENSIONES:**

El inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, prevé que el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros. Los literales a) y b) del artículo 60 ibídem, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones de dicho régimen, dependerá, entre otros, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Además, los conceptos resultantes de la inversión de un capital que pertenece al afiliado llevan implícito que estos sean beneficiarios naturales y evidentes del rendimiento generado. Este principio se basa en la premisa de que el propietario del capital principal también lo será de cualquier ganancia derivada de él, conforme establecido en jurisprudencia como SL2877-2020, SL4811-2020 y SL3199-2021.

Este valor por concepto de rendimientos no puede equiparar con la indexación, como equivocadamente lo pretende la apoderada judicial de PORVENIR S.A., pues la indexación busca compensar y equilibrar el fenómeno de la depreciación que sufre la moneda nacional por efecto de la pérdida de su poder adquisitivo, debido a las fluctuaciones del sistema económico del país, mientras que los rendimientos financieros, son los beneficios económicos que se generan con la inversión de los recursos, de manera que, no resulta prospera la apelación interpuesta por la apoderada judicial frente a este punto.

Lo anterior, teniendo en cuenta lo señalado por la CSJ-SCL, por ejemplo, en sentencia SL4174 del 2021, la SL629-2023 y recientemente la SL769-2023 donde se señaló expresamente:

*“Por lo dicho Protección S. A, Old Mutual, Porvenir S. A. y Colfondos S. A. deben reintegrar los valores cobrados a título de gastos de administración, comisiones, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, **sumas debidamente indexadas y que les corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos (CSJ SL5292-2021), pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones. Colfondos S. A. además, deberá devolver la totalidad de los aportes pensionales que actualmente se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus respectivos rendimientos y bonos pensionales.**”<sup>2</sup>*

La misma posición fue asumida por la CSJSL en sentencia del 28 de junio de 2023 (SL1479-2023, Radicación n° 91900) y decisión SL689-2024.

Recapitulando, acorde con la línea de pensamiento de la CSJ-SL, se confirmará la orden de que los conceptos a devolver, atinentes no sólo a gastos de administración sino las comisiones, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, deberán ser debidamente INDEXADAS por la AFP PORVENIR, al momento de su devolución a la administradora COLPENSIONES.

Esta indexación tiene como propósito mantener actualizado el valor de dichos montos al momento de su restitución, de acuerdo con la jurisprudencia citada.

Basándose en lo expuesto, la Sala ha decidido añadir una consideración sobre los rendimientos, aspecto que el juez omitió y que debe ser reintegrado por la AFP.

---

<sup>2</sup> Negrita fuera de texto original

## **8. RESPUESTA AL TEMA DE LA PRESCRIPCIÓN, EN SEDE DE CONSULTA:**

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verifica si procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha del traslado y la presentación de la demanda, transcurrió más de 20 años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 1999.

**La Sala niega la declaración de la excepción de prescripción**, como quiera, que en este caso no se declara la nulidad, sino la ineficacia del acto de traslado al RAIS, que también se enmarca en lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que los hechos aquí acreditados en cuanto a la materialización de un traslado carente de voluntad y consentimiento del afiliado comportan una transgresión a los derechos a la seguridad social y libre escogencia de régimen de la actora.

Por lo tanto, no cabe establecer si tal acto o negocio jurídico de traslado está sujeto a las reglas de la prescripción, toda vez que con la declaración de INEFICACIA JURÍDICA en sentido amplio, se entiende que tal acto o negocio jurídico jamás nació al mundo jurídico, por una parte y por otra, siguiendo la tesis de la imprescriptibilidad expuesta por la CSJ-SL, en la sentencia SL1689-2019, cuando sostiene que la solicitud de declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS es imprescriptible, ante el hecho de estar en presencia de un proceso meramente declarativo y que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles se tiene por analogía en este caso que lo declarado es la inexistencia del traslado.

Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.

Se insiste, la CSJSL tiene decantado, en fallos CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, reiterados en decisión del 16 de marzo de 2022, SL813-2022, entre otros, que la acción

encaminada a la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen de pensiones es imprescriptible.

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia anotada, no procede declarar probada la excepción de prescripción alegada por el fondo privado y Colpensiones.

## 9. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

En aplicación del numeral 1° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, procede la condena en costas en esta instancia, a cargo de las entidades apelantes y demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, por cuanto no tuvo prosperidad sus recursos de apelación.

De conformidad con lo consagrado en los artículos 365 y 366 del CGP, el Magistrado Ponente fijará las agencias en derecho, en la oportunidad procesal.

## 10. DECISIÓN

En razón y mérito de lo expuesto la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN**, administrando justicia en nombre de La República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE:

**PRIMERO: ADICIONAR** el **ORDINAL TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia proferida el día primero (1°) de agosto de dos mil veintitrés (2023), en primera instancia, por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA), únicamente dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, promovido por el señor JAIME GUTIÉRREZ BALCÁZAR, contra la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a COLPENSIONES, además de los conceptos determinados por el A Quo, **(I)** los

rendimientos financieros, y **(II)** la indexación de los valores cobrados a título de gastos de administración, comisiones, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y de las primas de los seguros previsionales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** En lo demás, **SE CONFIRMA LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA**, por las razones expuestas anteriormente.

**TERCERO:** **SE CONDENA** en costas de segunda instancia a la AFP PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, a favor de la demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. Las agencias en derecho como se dijo en la parte motiva.

**CUARTO:** Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** la presente sentencia a las partes por **ESTADO ELECTRÓNICO**, para su conocimiento, con inserción de la providencia, de conformidad con el artículo 9° de la Ley 2213 de 2022.

**QUINTO:** En su debida oportunidad, devuélvase el expediente digital al juzgado de origen.

Los Magistrados,

  
Firma válida  
providencia judicial  
**LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES**  
**MAGISTRADO PONENTE**  
**(CON SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO)**

  
Firma válida  
providencia judicial  
**CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ**  
**MAGISTRADA SALA LABORAL**  
**CON ACLARACIÓN DEL VOTO**



Firma válida  
Presidencia judicial  
**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA**  
MAGISTRADO SALA LABORAL

### **SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO**

Con el acostumbrado respeto, me aparto de la decisión mayoritaria de incluir la condena en contra de la AFP del RAIS demandada, a la devolución de las sumas pagadas por concepto de las primas para la adquisición de los seguros previsionales, en primer lugar, porque no comparto el criterio relacionado con el pago de tales primas de los seguros previsionales con cargo al patrimonio de las AFP, al estar en contravía del tenor literal del artículo 20 de la Ley 100, en concordancia con el literal b) del artículo 60, en donde claramente se disponen los porcentajes de distribución de LAS COTIZACIONES de los afiliados, entre otros, para la compra de los seguros previsionales para beneficio de los afiliados.

Además, el legislador claramente asignó a las AFP del RAIS la función de ser simplemente administradoras de la cuenta individual de cada afiliado, como lo dispone expresamente el artículo 59 de la misma ley y estaba obligada por mandato legal a la compra de tales seguros previsionales, se insiste, cuyos beneficiarios son los afiliados, jamás las AFP, en la medida que las pensiones del RAIS se pagan con cargo a los recursos de la cuenta individual de cada afiliado, sin que las AFP cubran algún faltante con su propio patrimonio.

Para la compra de estas pólizas de seguros, las AFP sacan los recursos de los aportes de cada afiliado y a su vez Colpensiones del fondo común, toda vez que los beneficiarios del seguro son los afiliados.

Finalmente, porque tales negocios jurídicos con terceros de buena fe, sí conservan validez y producen efectos jurídicos, a pesar de la declaración de ineficacia del traslado.

*PROCESO ORDINARIO LABORAL. Apelación sentencia y consulta. Radicado No. 19-001-31-05-002-2022-00325-01. JAIME GUTIÉRREZ BALCÁZAR vs. AFP PORVENIR S.A. Y OTRO. Sentencia.*

Acorde con lo expuesto, respecto de estos gastos realizados por las AFP, en cumplimiento a un mandato legal, en favor del administrado, no procede ordenar la devolución como consecuencia de la declaración de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

  
**LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES**