

**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 junio de dos mil veintitrés (2023)

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>AUNER DE JESÚS VÉLEZ BETANCURT</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES</b> <b>2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - AFP PORVENIR S.A.</b>
<b>RADICADO</b>	<b>19-001-31-05-003-2021-00157-01</b>
<b>INSTANCIA</b>	<b>APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA</b>
<b>TEMA</b>	<b>INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS - PRESCRIPCIÓN.</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>SE MODIFICA PARCIALMENTE EL ORDINAL PRIMERO DE LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA, ÚNICAMENTE PARA DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS.</b>  <b>SE ADICIONA EL ORDINAL TERCERO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA PARA INCLUIR DENTRO DE LOS VALORES A DEVOLVER POR LA AFP PORVENIR A COLPENSIONES LAS SUMAS ADICIONALES DE LAS ASEGURADORAS, <u>SIEMPRE</u> QUE SE HAYAN CAUSADO.</b>  <b>EN LO DEMÁS, SE CONFIRMA.</b>

## 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, 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 las apoderadas judiciales de las partes demandadas** AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y **el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES**, contra la Sentencia Nro. 27 del treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022), proferida en primera instancia, en audiencia de oralidad de trámite y juzgamiento, por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, CAUCA, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

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: **(1)** se **DECLARE** la **ineficacia del traslado** de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado en abril de 2005, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.; **(2)** que en virtud del regreso automático al RPMPD se **ORDENE** a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; **(3)** se **ORDENE** a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante sin ningún miramiento, debiendo actualizar el historial laboral correspondiente; **(4)** se **CONDENE** a las entidades demandadas, al pago de costas y agencias en derecho que genere el proceso; **(5)** se **CONDENE** a las demandadas a que reconozcan

cualquier derecho que resultare debatido y probado durante el trámite judicial conforme a las facultades ultra y extra petita; y, **(6)** En forma subsidiaria se **ORDENE** el reconocimiento y pago de la INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS, tazada por la diferencia entre las mesadas que pudiera recibir encontrándose en el RPM y la del RAIS, durante todo el tiempo que recibiera esta prestación (03.Demanda).

Como **fundamentos fácticos relevantes** manifiesta, tiene 62 años y durante toda su vida laboral realizó cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, inicialmente en el RPM, acumulando un total de 436 semanas. Que, en abril de 2005 fue trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., sin el cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales, pues, no se le brindó la información clara, verdadera y correcta.

Que, con el fin de agotar la reclamación administrativa, solicitó ante COLPENSIONES la ineficacia del traslado del RPM al RAIS; pero, la entidad negó la pretensión; e, igualmente, presentó solicitud a PORVENIR S.A. para el traslado de sus aportes a COLPENSIONES, sin respuesta.

## **2.2. Contestación por COLPENSIONES:**

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderada judicial y luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda se **opuso a todas las pretensiones**, al considerar que no es procedente la nulidad y/o ineficacia del traslado del RAIS al RPM, por cuanto en el expediente no se encuentra acreditado que en dicho acto se haya brindado por parte de la AFP una indebida asesoría; además de encontrarse PRESCRITA la acción correspondiente para dichos efectos, de conformidad con lo previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

Sostiene, dicho acto fue el resultado de la manifestación libre y voluntaria de una persona plenamente capaz y pone de presente

que es un tercero de buena fe que no participó en el traslado que efectuó el demandante.

No obstante, en el evento de declararse la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al RAIS, solicita se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes y valores al RPM para garantizar el financiamiento de la respectiva prestación.

También pide que en la parte de resolutive de la sentencia se ordene al fondo privado normalizar la afiliación en el sistema SIFP y la devolución de sus aportes a COLPENSIONES, con la respectiva entrega del archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS.

Propuso como excepciones de fondo: (1) Inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación del demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma, (2) Retorno en cualquier tiempo al RPM, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera, (3) La carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso, (4) Errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C., (5) Indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales – vulneración del principio de la confianza legítima, (6) Inoponibilidad por ser tercero de buena fe, (7) Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia del traslado de régimen, (8) Se otorga un alcance que no corresponde al contenido de los decretos 663 de 1993 y 692 de 1994, en cuanto a la voluntad vertida en el formulario de afiliación, (9) Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, (10) Sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, (11) Improcedencia de la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados y (12) prescripción (08.ContestacionDemandaColpensiones, expediente 1ª instancia).

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

En ejercicio del derecho de contradicción, PORVENIR S.A., a través de su apoderada judicial, contestó la acción y se **opuso a todas las pretensiones**, bajo el argumento que el demandante es un sujeto capaz a la luz del art. 1503 del C.C., quien conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 manifestó de forma libre y voluntaria su decisión de traslado, recibiendo una asesoría integral conforme las normas vigentes para la época. Señala que el acto de vinculación es válido al no estar inmerso en vicios del consentimiento; además, solamente hasta la expedición de la Circular 016 de 2016, surgió para las AFP la obligación de guardar los soportes documentales y por ello antes de dicha fecha las asesorías eran verbales.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó como: (1) Prescripción, (2) Principio de confianza legítima, (3) Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, (4) Prohibición legal de aplicar retroactivamente la ley, (5) Buena fe, (6) Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, (7) Cumplimiento del deber de información aplicable al momento de la vinculación, (8) prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, (9) Innominada o genérica, (10) Inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y (10) debida asesoría del fondo (10.ContestaciónDemandaPorvenir).

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

El JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, (CAUCA), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento, concentrada, el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA NRO. 27 DE 2022**, en la cual resolvió: (1) **DECLARAR** la **INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN EN PENSIONES** del demandante a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., suscrita el 17 de febrero de 2005, como

consecuencia; (2) **DECLARAR** que, para todos los efectos legales, el demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; (3) **CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A.** a efectuar el pago o traslado a COLPENSIONES, como administradora del Régimen de Prima Media, del total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del demandante AUNER DE JESÚS VÉLEZ BETANCURT, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital, junto con los bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido; las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual del demandante por concepto de gastos de administración debidamente indexados, así como las descontadas con destino a la garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales; (4) **ORDENAR** a COLPENSIONES recibir los valores trasladados por PORVENIR S.A. y correspondientes al demandante; (5) **DECLARAR** no probadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas, y (6) **CONDENAR** en costas a PORVENIR S.A. a pagar las costas que se liquiden en favor del demandante, incluidas las AGENCIAS EN DERECHO que se fijan en la suma equivalente a UN (1) SMLMV.

**TESIS DEL JUEZ:** Sostuvo, en el caso del demandante las demandadas le negaron el traslado al régimen de prima media por cuanto a la fecha de la solicitud le faltaba menos de diez años para alcanzar el derecho pensional; pero, en casos como el presente y, de conformidad con la jurisprudencia reiterada de la Sala Laboral de la CSJ, se debía examinar si la afiliación al RAIS surtió efectos o si se tornó ineficaz por no haberse cumplido el deber de información por parte de la administradora de pensiones responsable de la afiliación.

En respuesta al interrogante, el Juez concluyó que en este caso para la fecha en que el demandante suscribió el formulario de afiliación (17 de febrero de 2005) la AFP Porvenir estaba obligada a entregar previamente una información clara y precisa de los aspectos favorables y desfavorables de la decisión a tomar para que la misma fuera libre y voluntaria, y, que, al negar el promotor del proceso que esa información le fue suministrada, le correspondía al fondo demostrar el cumplimiento de esa obligación, en virtud de

la inversión de la carga de la prueba, lo cual no ocurrió, dado que solo se aportó como prueba por Porvenir el formulario preimpreso, el cual no es prueba idónea de esa obligación, razón por la cual el acto de la afiliación se torna en INEFICAZ, consecuencia jurídica plasmada en el art. 271 de la Ley 100/93.

El juez basó su decisión en el literal b) del art. 13 y art. 271 de la Ley 100 de 1993, la libre movilidad entre regímenes, y la jurisprudencia de la CSJSL (SL1452-2019, SL1421-2019 y SL1688-2019, entre otras).

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

La apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. señala en su recurso de alzada que la afiliación del demandante se realizó conforme la legislación y los requisitos exigidos para la fecha de vinculación (es, decir, el 17/02/2005); y, por lo tanto, no resulta procedente la aplicación de una asesoría frente al afiliado, la cual sólo surge años después de esa vinculación.

Alega que la carga de la prueba impuesta al fondo privado es desproporcionada y no se tiene en cuenta que estamos frente a un traslado libre y voluntario; además, que, el afiliado no es un “*afiliado lego*”, ha permanecido más de 15 años en el RAIS y pudo haber solicitado la información necesaria; pero no hizo el menor esfuerzo por informarse ni saber cuál era la opción que más le beneficiaba, lo que pone en riesgo la estabilidad financiera.

Dice que, el actor tampoco ejerció su derecho de retractarse de la afiliación; ni hizo uso del periodo de gracia otorgado para devolverse, debiendo asumir las consecuencias de sus omisiones e inacción.

También manifiesta, con la decisión se están desconociendo las reglas existentes en materia de restituciones mutuas del artículo 1746 del Código Civil, y la orden de devolución de recursos que imparte el señor juez como consecuencia de la declaratoria de ineficacia frente a los gastos de administración NO es procedente porque estos fueron utilizados para la operación normal de la

administradora (artículo 20, ley 100 de 1993) y son los que hacen posible que los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual generen unos rendimientos, situación que claramente constituye un enriquecimiento sin causa, además que, al tratarse de obligaciones de hacer no es posible deshacer los efectos.

Dice que NO es posible tampoco que se pretenda que Porvenir S.A. devuelva lo que sea destinado para el cubrimiento de los seguros previsionales, teniendo en cuenta que fueron entregados a las aseguradoras y no se encuentran en poder de la AFP, siendo destinadas al cubrimiento de los riesgos asegurados de la invalidez o de la muerte.

Alega, se debe tener en cuenta que la afiliación del demandante se realizó conforme a la norma vigente para el año 2005 y no es posible la aplicación de normas que surgieron con posterioridad a su afiliación, pues, se estaría ordenando la aplicación retroactiva de la ley; y, de otra parte, con la orden emitida en primera instancia respecto a la devolución de primas de seguro y gastos de administración se están desconociendo las reglas de existentes en materia de restituciones mutuas.

## **2.6. Recurso de apelación de COLPENSIONES:**

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación en el sentido de que si bien es cierto el Despacho ordenó el traslado de los aportes y de los valores causados en el RAIS como consecuencia de la afiliación del demandante, también lo es que dentro de esos valores **se omitió el traslado de las sumas adicionales de la aseguradora**, los cuales, de conformidad con la jurisprudencia actual de la CSJ sobre el tema, hacen parte de los valores a devolver por parte de la AFP, dada la conducta indebida de la administradora al momento de efectuar el traslado del afiliado (SL-1688-2019, ratificada en las sentencias SL 2611-2020, SL 4863-2021 y SL 2601-2021).

Expone que tal posición igualmente fue ratificada por este Tribunal Superior, en la sentencia del 9 de marzo 2022, dentro del proceso

con radicado 2020-41, donde funge como demandante la señora Gladys Amanda Mera Urbano.

Por tal motivo, solicitó **adicionar el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada**, en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir que además de los valores ya reseñados por el juez de instancia también se ordene devolver a COLPENSIONES las sumas adicionales de la aseguradora, siempre que éstas se hubiesen causado.

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

Respecto a los alegatos en segunda instancia, de acuerdo con la nota secretarial que precede (archivo #15, expediente digital de segunda instancia), suscrita por el secretario de esta Sala y constatado el expediente digital, se recibieron alegatos por parte de los apoderados judiciales del demandante y las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

#### **3.1. Alegatos de la AFP PORVENIR S.A**

La apoderada judicial del fondo privado accionado allegó memorial de alegatos en segunda instancia (10(12)AlegatosPorvenir), refiriéndose al deber de información y de asesoría en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones, el principio de confianza legítima y las reglas sobre la carga de la prueba en estos casos, entre otros; para señalar que en el caso del señor Auner de Jesús Vélez, posterior a la información recibida, manifestó, mediante su firma plasmada en el formulario de vinculación, su voluntad de afiliación por más de 17 años, quedando demostrada su decisión de permanecer en el RAIS, razón por la cual están dados los requisitos de ley para la validez de la selección de régimen realizada por el demandante.

Igualmente, hizo mención a las reglas sobre restituciones mutuas e indicó que los gastos de administración no constituyen un detrimento al patrimonio del afiliado.

Con tal propósito, solicitó revocar la orden judicial impartida en primera instancia, por cuanto el acto jurídico no puede ser declarado ineficaz. No obstante, de mantenerse la decisión, solicitó no se ordene trasladar los valores referentes a gatos de administración.

### **3.2. Alegatos de COLPENSIONES:**

En sus alegatos, la apoderada judicial de Colpensiones se ratificó en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y el recurso de apelación, reiterando que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, en este asunto NO es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado que en su momento efectuó el actor, pues el actor no hace parte de la excepción prevista en la Sentencia C-789/2002 para retornar al RPM en cualquier tiempo (12(2)AlegatosColpensiones).

### **3.3. Alegatos de la parte demandante:**

El apoderado judicial del actor trae posturas jurisprudenciales frente a la procedencia de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación al RAIS y la imprescriptibilidad del derecho a solicitar ésta (14(7)AlegatosDemandante); y sostiene que hay lugar a la condena en costas en segunda instancia contra las recurrentes y en favor del demandante.

## **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 insaneables.

## **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.

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

**5.1.** Para dar respuesta al recurso de apelación por parte de PORVENIR S.A.:

*¿Procede la declaración de ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, realizada a través de la AFP PORVENIR S.A., por el señor Auner de Jesús Vélez Betancurt, como lo declaró el Juez de Primera Instancia?*

Como asuntos asociados, se analizan los temas de: **(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 a otro de los temas sustentado en la apelación por parte de PORVENIR S.A., se pasa a resolver:

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

**5.3.** Además, en virtud de la consulta surtida en favor de COLPENSIONES y de la apelación propuesta por la administradora del RPM, como se ha hecho en otros casos similares por esta Sala, se estudiará:

*¿Cuáles valores se deben ordenar trasladar del fondo privado PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, para garantizar la estabilidad financiera del sistema de pensiones, y si dentro de esos valores se debe incluir o no las sumas adicionales de la aseguradora?*

**5.4.** 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.

## **6. RESPUESTA AL RECURSO DE APELACIÓN DE LA AFP PORVENIR S.A., SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL**

**Tesis de la Sala:** La respuesta al primer interrogante **es positiva**, sin embargo, la Sala considera se debe MODIFICAR PARCIALMENTE el ORDINAL PRIMERO de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, únicamente para declarar la

INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS, efectuado por el demandante y no la ineficacia de la afiliación al fondo privado, como lo hizo el Juez de Primera Instancia.

La decisión 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.

---

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

**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, el traslado entre los dos regímenes pensionales sólo se podía 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, aplicable al presente caso, el plazo de traslado se extendió a cinco (5) años.

**6.5.** Por medio del artículo 60 de la Ley 100/93 (modificado por el artículo 138 de la Ley 1753 de 2015), 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 2005:

*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”.*

A su vez, en el artículo 72, literal f) del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF), modificado por el art. 12, Ley 795 de 2003, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

***“Artículo 72. Reglas de conducta y obligaciones legales de las entidades vigiladas, de sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios. Las entidades vigiladas, sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios, deben obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio al interés público de conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política, para lo cual tienen la***

obligación legal de **abstenerse de realizar las siguientes conductas**: (... ..)

*f. No suministrar la información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, a los usuarios o a los clientes de las entidades vigiladas para que éstos puedan tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas;*

(... ..)

Y en el numeral 1, del artículo 97, del EOSF, modificado por el art. 23, Ley 795 de 2003, se dispone:

**“1. Información a los usuarios. Modificado por el art. 23, Ley 795 de 2003 .**

*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 y poder tomar decisiones informadas.*

*En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que estas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios.*

La obligación sobre el deber de **“información a los usuarios”**, que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, es una obligación que existe desde la versión original del EOSF.

**6.6.** 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.**

**6.7.** 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.

**6.8.** Sobre casos similares al que nos ocupa, y en particular sobre el deber del suministro de la información clara, amplia y suficientes sobre los aspectos positivos y negativos de cada uno de los dos regímenes pensionales, a cargo de las AFP al momento de la afiliación y/o traslado entre regímenes, más allá de la firma del formulario, la CSJ-SL ha desarrollado una tesis pacífica que puede consultarse en las sentencias del 9 de septiembre de 2008 con radicados 31989 y 31314; del 22 de noviembre de 2011 con radicado 33083; sentencia SL12136-2014; sentencia SL19447-2017; sentencias SL4964 y SL4689, ambas del 2018; sentencia SL1421-2019; SL373-2021; SL3156-2022.

En 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.º, 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.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 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 reitera en reciente providencia de la CSJ-SL1440-2021.

**6.9.** 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 y sentencia CSJ-SL1440-2021.

## **6.10. HECHOS PROBADOS RELEVANTES:**

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

**6.10.1.** Según el reporte de semanas cotizadas en pensiones de COLPENSIONES, actualizado el 24 de mayo de 2021 (pág.9 a 14, 02.Anexos, del expediente digital de 1ª instancia), el señor AUNER DE JESÚS VÉLEZ BETANCURT en fecha 08/04/1987 se afilió al ISS, hoy COLPENSIONES, esto es, al RPM, cotizando desde esa fecha, hasta el 30 de agosto de 1999, un total de 436,29 semanas.

**6.10.2.** De acuerdo con la historia laboral consolidada del Fondo de Pensiones Porvenir S.A. (visible en las páginas 24 a 31, 11.AnexosContestacionPorvenir), el actor se encuentra afiliado

actualmente a dicho fondo, teniendo un total de 1.089 semanas en toda su vida laboral, de las cuales tiene 238,2 semanas válidas para bono; 8,5 semanas por traslado de aportes y 200,7 pendientes por confirmar.

Lo anterior se corrobora con la solicitud de vinculación o traslado a dicho fondo privado, con Nro. 11021215, diligenciada el 17 de febrero de 2005 y que contiene la firma del trabajador en la casilla correspondiente donde acepta la voluntad de afiliación (pág.34, 02.Anexos). También se aportó un certificado del 25 de octubre de 2021 (pág.6, 02.Anexos), donde se hace constar que el demandante se encuentra afiliado a PORVENIR desde el 01 de abril de 2005 (fecha de efectividad de la afiliación).

**6.10.3.** De acuerdo con el certificado de Asofondos, sobre el historial de vinculaciones del demandante (pág.4, 02.Anexos), el señor Vélez Betancurt estuvo primariamente afiliado a COLPENSIONES, y en el año 2005 realizó solicitud de traslado de régimen, de COLPENSIONES a PORVNENIR, entidad en la que actualmente está afiliado.

#### Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 9:52:22 AM

Afiliado: CC 10535049 AUNER DE JESUS VELEZ BETANCURT [Ver detalle](#)

Vinculaciones para : CC 10535049							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	2005-02-17	2005/06/30	PORVENIR	COLPENSIONES		2005-04-01	

Un item encontrado.

1

## CONCLUSIONES:

**1.** Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados y las contestaciones de la demanda, aparece debidamente probado, en el momento del traslado al RAIS el 17/02/2005, el señor AUNER DE JESÚS VÉLEZ BETANCURT presentaba afiliación inicial al régimen de prima media administrado por el ISS, hoy Colpensiones.

**2.** Por otra parte, del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados con la demanda y su contestación, esta Sala advierte que la pasiva PORVENIR S.A., estando obligada, no demostró en el proceso que en el año 2005 cuando suscribió solicitud de traslado el demandante, le hubiese dado a conocer al señor AUNER DE JESÚS VÉLEZ BETANCURT en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, de las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, y con tal conducta procesal, cabe predicar que el demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable; ya que si se le explica desde el principio el manejo de la cuenta individual, que los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado y los factores que inciden en el monto de la pensión; la persona tiene una información precisa, con la cual puede deducir si acepta o no el traslado.

Este deber de información clara y completa de los dos regímenes, si estaba vigente para la fecha del traslado, en el año 2005, cuando se dio la afiliación efectiva a 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).

**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.

Para tal efecto, debe tenerse en cuenta que, con la sola firma del formulario, como ocurre en este caso, no se prueba la elección libre y voluntaria del traslado, dado que, como lo ha sostenido la CSSJL, ese formulario preimpreso sólo acredita un consentimiento, pero no informado. Por manera que no basta adherirse a una cláusula genérica, sino que se debe demostrar por el fondo privado que al afiliado se le dieron a conocer todos los elementos definitorios de

los dos regímenes pensionales y que tuvo pleno conocimiento de la trascendencia de la decisión que estaba tomando, lo cual se echa de menos en el caso del actor.

Además, no constituyen indicios serios de la validez del traslado, el hecho de permanecer en el RAIS por más de 10 años sin presentar observaciones o queja y no efectuar el derecho a retractarse dentro de los plazos.

A su vez, es a Porvenir S.A. en quien recae la carga de probar el cumplimiento de ese deber conforme al artículo 167 del CGP, pues si el accionante sustentó su pretensión en la falta o en la indebida información por parte de esta 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 radica en cabeza de esa demandada probar que sí cumplió con su deber legal, toda vez que la demostración de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearla, esto es, a la AFP.

**4.** 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.

**5.** Ahora, en virtud de la teoría del acto de relacionamiento, lo cual permite suponer el deseo de continuar en dicho régimen, a criterio

de la CSJSL, es una discusión inminentemente casuística que no pueden convertirse en reglas generales de criterio, sino en consideraciones intrínsecamente atadas a lo que se ponga de manifiesto dentro del litigio; y, en este caso, al momento de efectuarse el traslado del demandante al RAIS, se insiste, aquel no contaba con todos los elementos suficientes para tomar la decisión que le conviniera, lo que conduce a que el acto jurídico de traslado sea INEFICAZ desde su nacimiento, sin que ello se sanee por el solo hecho de efectuar aportes y no retractarse, pues, tal como lo señaló la parte actora en su demanda, el traslado se hizo sin el cumplimiento de los requisitos legales, ante la ausencia de información suficiente frente al acto de traslado y sus consecuencias.

En reciente 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).

**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 demandante le ha sido reconocida la pensión de vejez, por tratarse dicho estatus de una situación jurídica inmodificable, lo que no es el caso del demandante que aún conserva la calidad de afiliado al sistema general de pensiones (CSJSL, decisión del 31 de mayo de 2022 (SL1798-2022, Radicación N.º 89558).

**7.** Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la decisión de declarar la ineficacia, pero, no de la afiliación proferida en la sentencia de primera instancia, sino DEL TRASLADO del RPM al RAIS.

En ese orden de ideas, al declararse la ineficacia de traslado de régimen pensional, el actor debe retornar al RPM con prestación definida al cual estaba inscrito desde el año de 1987, administrado hoy por Colpensiones.

## **7. RESPUESTA A LA ORDEN DE DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y LO DESCONTADO POR SEGUROS PREVISIONALES, Y DE LOS DEMÁS VALORES A DEVOLVER COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RAIS, PARA CONTESTAR LOS RECURSOS DE APELACIÓN Y LA CONSULTA:**

**Tesis de la Sala:** Resulta procedente confirmar la sentencia de primera instancia que ordenó la devolución de las comisiones cobradas por la administración de la cuenta individual, debidamente indexadas, 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.

Se confirman los valores ordenados trasladar y descontados con destino al fondo de garantía de la pensión mínima y los valores pagados por las primas de los seguros previsionales; al igual que lo referente a los bonos pensionales.

Pero, se adiciona la sentencia de primera instancia para ordenar la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, sólo en el evento en que se hayan causado.

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

**7.1. En relación con los gastos de administración** ordenados en la sentencia de primera instancia y a fin de dar respuesta a la apelación por parte de PORVENIR S.A., que de manera expresa solicita se le exima de la devolución, la Sala no avala tal pedimento por las siguientes razones:

Es procedente la condena atinente a la devolución de los gastos de administración que se recibieron mientras el señor AUNER DE JESÚS VÉLEZ BETANCURT 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.

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 apelación, pues la ineficacia del traslado deriva en la obligatoriedad de ordenar la devolución de cotizaciones, rendimientos, y gastos de administración, 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).

Por lo expuesto, se confirma en este punto la decisión de primera instancia, avalando la procedencia de la indexación de los valores descontados por los gastos de administración, con el fin de que conserven su valor actualizado al momento de su devolución, como lo determinó el a quo.

El mismo precedente atrás expuesto, sirve de sustento para confirmar la devolución de bonos pensionales, si es el caso.

Sobre este punto y para responder la apelación de la apoderada de Porvenir S.A., en 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.

Y es que, según 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 a la devolución con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual y que ordenó el juez, más los valores que esta Sala de Tribunal adicionará en virtud del precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la CSJ, con valor de doctrina probable.

**7.2. En cuanto a las sumas por concepto de la cotización destinada a la garantía de pensión mínima:** La Sala estima procedente 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 (Ver sentencia de la CSJ- 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 AUNER DE JESÚS VÉLEZ B., 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 relación con la **devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras**, alegado en el RECURSO DE APELACIÓN por COLPENSIONES, hay lugar a ADICIONAR la decisión de primera instancia, ya que en la sentencia de primera instancia no se ordenó la devolución de tal concepto y el mismo resulta procedente, siempre que se hayan causado, conforme se expuso por esta Sala en anteriores casos, entre otros, en el proceso ordinario laboral con radicado 2021-00006: *“La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 08 de septiembre de 2008, radicación No. 31989, consideró que **es procedente la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora**. Lo anterior, ha sido ratificado en providencias SL2611-2020, SL4863-2021 y SL2601-2021. Asimismo, lo determinó en sede de instancia y en sus partes resolutivas en fallos SL1467-2021 y SL2953-2021.*

*Ahora bien, en virtud del artículo 63 de la Ley 100 de 1993, el rubro denominado “sumas adicionales de la aseguradora” no hace parte de la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado. Tampoco constituye un capital que se encuentre a cargo de las AFP’s. Ello por cuanto de la revisión de artículos 70 y 77 ibidem, lo que se observa es que se trata de un valor que debe correr por cuenta de la aseguradora con la que la AFP haya suscrito el seguro previsional. Lo anterior, en el evento en que no exista en la cuenta de ahorro individual el capital suficiente para financiar el pago de la pensión de invalidez o sobrevivientes, según sea el caso.*

**Luego entonces, como en el sub lite no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, sino simplemente determinar los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al**

***RAIS, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, las sumas adicionales de la aseguradora, única y exclusivamente si dicho rubro se hubiere causado.*** (Ver, también, providencia SL563-2023, de la CSJ-SL, Sala de Descongestión Nro. 02).

**7.4.** También estima la Sala necesario abordar el punto **sobre la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR para la adquisición de los seguros previsionales**, ya que son valores que hacen parte de la cotización y su devolución surge dentro de los efectos de la inexistencia 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 inexistencia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

Y es que igualmente 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 inexistencia, en

tanto las dos figuras dan 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 respuesta a la apelación del fondo privado, se confirma la sentencia apelada 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

## **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 tres años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 2005.

**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**

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, únicamente a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A, por cuanto no tuvo prosperidad su recurso 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.

No se condena en costas a COLPENSIONES porque su recurso de apelación tuvo prosperidad parcial.

## 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: MODIFICAR PARCIALMENTE** el **ORDINAL PRIMERO** de la parte resolutive de la SENTENCIA Nro. 27, proferida el treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022), en primera instancia, por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA), dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor AUNER DE JESÚS VÉLEZ BETANCURT contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., únicamente en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el **ORDINAL TERCERO** de la sentencia apelada y consultada, para adicionar dentro de los valores a devolver por la AFP PORVENIR S.A. a COLPENSIONES las sumas adicionales de las aseguradoras, única y exclusivamente si dicho rubro se hubiere causado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

Proceso Ordinario Laboral. Apelación sentencia y consulta. Expediente Radicado Nro. 19-001-31-05-003-2021-00157-01. Auner de Jesús Vélez Betancurt vs. COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Sentencia.

**QUINTO:** 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.

**SEXTO:** 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**

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