

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



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

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

Popayán, dieciséis (16) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	AMALÍ TOBAR OROZCO
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°	19-001-31-05-002-2020-00144-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS - PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	SE ADICIONA Y ACLARA el ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada y consultada, ÚNICAMENTE CON RESPECTO A LA DEMANDANTE AMALÍ TOBAR OROZCO, para adicionar dentro de los valores a devolver por PORVENIR S.A. a COLPENSIONES la indexación de los gastos de administración, las sumas depositadas en el fondo de garantía de pensión mínima, las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales y las sumas adicionales de las aseguradoras, siempre que se hayan causado. 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, 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 las partes demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES; y el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, contra la sentencia del diecinueve (19) de mayo de dos mil veintidós (2022), en primera instancia, proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYAN, 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 la demandante: **(i) se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual** administrado por PORVENIR S.A. y, en consecuencia, **(ii) se condene a PORVENIR S.A.** a asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de su pensión de vejez por los gastos de administración en que se hubiere incurrido; **(iii) se condene a la AFP PORVENIR S.A.** a trasladar a la administradora del régimen de prima media los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de las aseguradoras, con los rendimientos causados; y **(iv) condenar** a la entidad demandada al pago de costas y agencias en derecho como consecuencia del trámite del presente proceso (Archivo 02Demanda, expediente digital primera instancia).

Como ***fundamentos fácticos*** sostiene, desde el mes de marzo de 1996, hasta la fecha, se encuentra afiliada al fondo de pensiones

PORVENIR S.A., pero, con antelación estuvo afiliada al RPM administrado en ese entonces por el ISS, desde enero de 1983, haciendo el respectivo cambio al régimen de ahorro individual tras la visita de un asesor que la indujo en error, al omitir información suficiente y cierta, con la promesa de que su pensión sería muy superior a la que le correspondería en el régimen de prima media con prestación definida. Es decir, le ofrecieron unas condiciones presuntamente más favorables para la obtención de su pensión, sin informarle las desventajas del traslado de régimen pensional.

Señala, la AFP PORVENIR S.A. realizó la proyección de su pensión de vejez, pero ésta es totalmente irrisoria comparada con el nivel de vida que posee, teniendo en cuenta su calidad de profesional universitario 2044-7 lo que significaría que no podría atender sus gastos cotidianos, obligaciones y deudas, afectándose de esta forma su mínimo vital.

2.2. Contestación por COLPENSIONES:

En ejercicio del derecho de contradicción y a la defensa, el apoderado judicial de la demandada COLPENSIONES contestó la demanda (21ContestacionColpensiones) y luego de responder a cada uno de los hechos se **opuso a las pretensiones de la demanda**, como quiera que el traslado del RPMPD al RAIS lo realizó la demandante de manera libre, informada y consciente. Además, el deber de información que tienen las administradoras de pensiones ha tenido varias etapas y NO es jurídicamente válido imponer obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico.

Agrega, los afiliados al Sistema General de Pensiones solo podrán trasladarse de régimen cuando hayan permanecido como mínimo 5 años en el mismo, contando desde su afiliación y no le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le da derecho a la pensión, establecido en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

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) la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, (7) prescripción, y (8) innominada o genérica.

2.3. Contestación por PORVENIR S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, la AFP PORVENIR S.A., a través de su apoderada judicial, contestó la acción y se **opuso a todas las pretensiones**, bajo el argumento que la demandante es una persona capaz a la luz del artículo 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, mediante la suscripción del formulario de vinculación dispuesto legalmente para tal fin, recibiendo una asesoría integral conforme las normas vigentes para la época, sin coacción, por lo que señala que el acto de vinculación es válido al no estar inmerso en vicios del consentimiento (31CONTESTACION DE DEMANDA AMALI.3, cuaderno de 1ª instancia).

Propuso como excepciones de mérito: (1) prescripción, (2) prohibición legal de aplicar retroactivamente la ley, (3) principio de confianza legítima, (4) falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, (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) prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, (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 asesoría del fondo.

2.4. Decisión de primera instancia:

El **JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, (CAUCA)** se constituyó en audiencia pública de trámite y

juzgamiento el día (19) de mayo de dos mil veintidós (2022), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA**, en la cual resolvió, respecto de este proceso: **(i) 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 1 de marzo de 1996 se atribuye a la señora AMALI TOBAR OROZCO, identificada con cédula de ciudadanía 34.542.328, a través de la AFP Porvenir S.A., ante la ausencia de su consentimiento libre y voluntario en la escogencia del régimen de ahorro individual; **(ii)** consecuencia de lo anterior, declara que la accionante conserva su derecho de permanecer en el régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por Colpensiones, y, por lo tanto, **se condena a Porvenir S.A.** como última administradora que se efectuaron aportes a **devolver todos los valores que hubiese recibido por motivo del traslado declarado ineficaz**, tales como cotizaciones, gastos de administración, bonos pensionales si es del caso, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubiesen causado, disponiendo que estos valores deberán ser recibidos por Colpensiones en razón a la ineficacia que se declara, **(iv)** negar la excepción de prescripción, y; **(v)** condenar en cosas a Porvenir.

TESIS DEL JUEZ: Sostuvo, en el caso de la señora AMALI TOBAR OROZCO, de acuerdo con las pruebas aportadas, hay lugar a declarar la ineficacia del acto de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, en aplicación del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, porque, no existe prueba de que se hubiera dado cumplimiento al deber de información a la demandante, atendiendo a la jurisprudencia de la CSJSL, sobre los aspectos favorables y desfavorables de la decisión a tomar, así como sus consecuencias.

Sobre el deber de información a cargo de los fondos de pensiones, desde su creación, y los efectos de su inobservancia, así como la inversión de la carga de la prueba en cabeza del fondo privado de pensiones, el Juez basa su decisión en providencia de la CSJSL, SL1452-2019 (radicado nro. 68853), reiterada por la sentencia SL 4875-2020 (radicado nro. 85325); decisión SL1421-2019 (radicado nro. 56174), entre otras.

Respecto a la excepción de prescripción alegada por las demandadas, la niega, ya que la decisión de traslado nunca produjo efectos.

2.5. Recurso de apelación de PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de Porvenir S.A., en lo que respecta a la señora AMALI TOBAR OROZCO, demandante en este asunto, **presenta recurso de apelación** frente a la sentencia emitida en primera instancia, considerando que aquella tuvo un tiempo más que suficiente para madurar su decisión, pero, no hizo lo posible por informarse acerca de las diferencias entre un régimen y otro a través de las diferentes canales que tenía a su disposición; tampoco ejerció el derecho de retractarse de la afiliación ni intentó devolverse dentro de los 5 años ni antes de cumplir 10 años para pensionarse, lo cual prohíbe la ley; no hizo uso del periodo de gracia establecido en la ley 797 del 2003. Razón por la cual no es posible que se pretenda que AFP PORVENIR asuma las consecuencias de las decisiones y las omisiones o inacción de la demandante.

Que, la inversión carga de la prueba que exonera a los demandantes del deber de probar sus afirmaciones no tiene justificación cuando cada uno de ellos tenía la posibilidad de haber probado que buscaron una asesoría, y, además, vulnera el derecho de la AFP de estar protegida por el principio de confianza legítima, al imponer una carga excesiva frente a los deberes de una persona.

Considera que con la decisión emitida en primera instancia se está 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 riesgos asegurados, 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.

Así las cosas, solicitó se revoque la decisión y *“...tener en cuenta lo manifestado respecto a la validez de la afiliación y respecto a los gastos de administración y primas de seguros en las que Porvenir S.A. no hace...otra cosa que cumplir con las obligaciones que le son propias dentro del régimen de ahorro individual...”*, y en la medida en que esto afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

2.5.1. Recurso de apelación de COLPENSIONES:

El apoderado de COLPENSIONES presenta recurso de apelación frente a la sentencia dictada en primera instancia, conforme los siguientes argumentos:

Con respecto a la declaración de ineficacia por falta de información de la AFP, alega que la demandante no es un “afiliado lego”, y, que, a pesar de que no es abogada cuenta con la capacidad de comprender, aceptar y comprometerse con las obligaciones que trae el contrato que firmó con la AFP; de igual manera no buscó una doble asesoría en los 20 años que estuvo afiliada a la AFP y, que, *“...se demostró en el proceso que lo que existe es una ampliación salarial en cuanto a la mesada pensional que eventualmente lleguen a recibir, los conllevaría pues a una variación en el punto pensional, más no como tal la falta de información, es decir existe es una falta en cuanto a su régimen pensional no contemplada, una falta de tener la proyección de mesada pensional...”*.

Menciona que la Corte en sentencia SL413-2018 indica que existen

ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en el régimen pensional, entre los cuales tenemos la realización de cotizaciones, que permite de forma tácita establecer la intención de permanecer afiliada al régimen de ahorro individual.

Y, que, a pesar de que se traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, se genera una afectación al sistema pensional por cuanto no se puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema pensional, dado que el periodo de permanencia obligatorio contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia y asegura en la intangibilidad y sostenibilidad del sistema a preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago de las futuras mesadas y el reajuste de las mismas, entonces, concluye, lo establecido descapitalizaría el fondo de prima media con prestación definida.

Por lo expuesto, solicitó se revise la sentencia del presente proceso para que en parte se revoque y sean aceptadas las excepciones de la parte demandada.

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

3.1. En el caso de la AFP PORVENIR S.A., sus alegatos son extemporáneos, como quiera que el auto que corrió traslado para alegatos se profirió por el Magistrado Ponente el día 08 de septiembre de 2022 (archivo #7, cuaderno del Tribunal) y fue notificado a través de estados electrónicos, Nro. 146, el 09 de septiembre de 2022 (08(2)Estado146septiembre09de2022), lo que significa que las partes apelantes tenían cinco días hábiles

siguientes a dicho estado para presentar el escrito de alegatos, los cuales corrieron del 12 al 16 de septiembre de 2022, y la apoderada de la AFP PORVENIR S.A. presentó sus alegatos por correo a las 5:02 pm del día 16 de septiembre de 2022 (11(1)CorreoRemiteAlegatosPorvenir), esto es, por fuera de la jornada laboral del último día que tenía para presentar alegatos, por lo que no se tendrán en cuenta, constituyéndose en una obligación de la autoridad judicial velar por el exacto sometimiento de las partes a los plazos que la ley concede en las distintas fases de la actuación procesal.

Sobre este tema, en un caso similar, puede consultarse la Sentencia STP-4988-2020 (radicado 111496, de 28 de julio de 2020), de la CSJ-Sala Penal, en una acción de tutela, en donde recordó sobre la extemporaneidad de los escritos allegados a través de correo electrónico después de las 5: 00 p. m., sin que el trabajo virtual pueda interpretarse como una extensión del horario laboral.

3.2. Alegatos de Colpensiones:

El apoderado judicial de Colpensiones reitera que no se configuran los elementos que permitan que el demandante pueda volver a ser parte del régimen de prima media con prestación definida administrado, ya que la ineficacia del traslado se basa en una indebida o insuficiente información por parte del fondo privado y a su vez, de un supuesto engaño, en el caso concreto, se evidencia es una variación salarial y que conlleva a una variación en el monto pensional. En igual sentido, manifiesta que la demandante es una persona que cuenta con la capacidad de entender y comprender las implicaciones de su traslado y sin embargo no realizó ninguna pregunta a los asesores del fondo privado en la asesoría recibida al momento de su afiliación a Porvenir S.A., tampoco se acercó a Colpensiones a recibir información o a solicitar una proyección pensional.

Como sustento de lo anterior, Colpensiones citó la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencias C-086 de 2016, T-422 de 2011, C-086 de 2016, C-596 de 1997, C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010; y de la Corte Suprema de Justicia (SL413-

2018 y SL 373-2021); y solicitó se declaren probadas las excepciones de fondo propuestas con la contestación y se revoque la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado.

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

COMPETENCIA: En virtud de que la providencia de primera instancia fue apelada por 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 resolver el asunto en cuestión.

De igual forma, se tramita 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 la presunta 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, por lo que, de entrada, hay que señalar que, 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 a los recursos de apelación por parte de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.:

¿Procede la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante AMALI TOBAR OROZCO, del RPM al RAIS?

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?

Si bien PORVENIR S.A. se queja de la orden de devolución de las primas de las primas de los seguros previsionales, esta orden no fue dada por el Juez de Primera Instancia.

5.3. En todo caso, en virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES y 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 primas de las primas de los seguros previsionales?*

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 A LOS RECURSOS DE APELACIÓN DE COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A., SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL:

TESIS DE LA SALA: La Sala concluye, se debe CONFIRMAR la declaración de INEFICACIA DEL TRASLADO, del RPM al RAIS, y, por ende, la decisión de permanencia de la demandante en el RPM administrado hoy por COLPENSIONES, contenida en la sentencia apelada y consultada, porque la administradora de pensiones PORVENIR S.A. al efectuar la asesoría para el traslado en el año 1996, no logró demostrar que cumplió con el deber legal del suministro de la información a la demandante, en forma clara y suficiente, en cuanto a los efectos positivos y negativos que acarrearía el cambio de régimen pensional, al cual estaba obligada en el momento del traslado.

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 ley¹. 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:

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

“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 1996 (año del traslado de régimen), 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 1996:

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 1996, 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. 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; sentencia 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.

6.10. 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, sentencia CSJ-SL1440-2021 y más reciente

6.11. 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 respectivas entidades demandadas, se obtienen los siguientes hechos probados:

6.11.1. La demandante se afilió a PORVENIR S.A. mediante formulario Nro. 00682787, diligenciado el 8 de febrero del año

1996 (34Formulario afiliación CC 34542328, del expediente 1ª instancia).

Este formulario tiene la firma de la señora AMALI TOBAR OROZCO, demandante, en la casilla correspondiente, donde además se deja constancia de que el mismo se realiza en forma libre, espontánea y sin presiones.

6.11.2. Ahora bien, no obstante COLPENSIONES no aportó pruebas con la contestación y tampoco se observa copia de la historia laboral consolidada en pensiones de PORVENIR S.A., sin embargo, con el anexo ubicado en el archivo 35Historia bono CC 34542328, aportado por el fondo privado con sus anexos, se constata que la señora AMALI TOBAR OROZCO (demandante) tiene 573.29 semanas cotizadas en el régimen de prima media, reportada en el sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda (OBP), entre el 11/01/1983 y el 31/12/1994; y así lo reafirma el certificado de ASOFONDOS (36certificacion siaf AMALI) donde no sólo se reporta una afiliación inicial a dicha administradora, sino la afiliación al fondo privado PORVENIR S.A., con efectividad de afiliación el 01/03/1996.

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 4:52:38 PM

Afiliado: CC 34542328 AMALI TOBAR OROZCO [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 34542328							
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	1996-02-08	2004/04/16	PORVENIR	COLPENSIONES		1996-03-01	

Un ítem encontrado.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 34542328					
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1996-02-08	1996-06-13	01	AFILIACION	PORVENIR	

6.11.3. No se discute, y así se probó, que la señora AMALI TOBAR OROZCO presentó ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES solicitud de traslado de régimen en, la cual fue negada mediante oficio del 30 de julio de 2020 (04Negacion de traslado).

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 01/03/1996, la señora AMALI TOBAR OROZCO 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 1996 cuando la demandante suscribió solicitud de traslado, le hubiese dado a la señora AMALI TOBAR OROZCO 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 la 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, sí estaba vigente para la fecha del traslado, en el año 1996, 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 20 años sin presentar observaciones o queja y no efectuar el derecho a retractarse dentro de los plazos.

Así, 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 la 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 radicaba 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 de la afiliada, cuando cumpla los requisitos legales, garantizándose así la sostenibilidad financiera de dicho fondo.

5. Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la declaración de ineficacia del traslado al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A., proferida en la sentencia de primera instancia, ya que un traslado de régimen sin haber precedido el consentimiento informado que presupone una información completa y veraz suministrada por la administradora, la consecuencia derivada es su ineficacia.

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).

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 de la 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).

En ese orden de ideas, al declararse la ineficacia de traslado de régimen pensional, se debe retornar al RPM con prestación definida al cual estaba inscrito la actora desde el año de 1983, administrado hoy por Colpensiones.

3. RESPUESTA A LA ORDEN DE DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y DE LOS DEMÁS VALORES A DEVOLVER COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL

TRASLADO AL RAIS, PARA CONTESTAR LA APELACIÓN DE PORVENIR 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, porque, de no hacerlo, se produce una desmejora en el capital que va a recibir Colpensiones para financiar la pensión de la demandante y de paso, se produce un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

Se confirman las ordenes de trasladar los valores descontados por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, pero con la aclaración de que se hubiesen causado; al igual que los bonos pensionales.

En sede de consulta, se adiciona la sentencia de primera instancia para ordenar (i) la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, (ii) los valores pagados por las primas de los seguros previsionales y (iii) lo descontado con destino al fondo de garantía de la pensión mínima.

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 la señora AMALI TOBAR OROZCO permaneció afiliada 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 la decisión de primera instancia, adicionando en sede de consulta – a favor de COLPENSIONES- 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.

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

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 conllevaría, entonces, 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 en sede de consulta adicionar 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 ADICIONAR 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 de la demandante AMALI TOBAR OROZCO, 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**, analizado el tema en sede de consulta, se aclarará la decisión de primera instancia, ya que, si bien ordenó la devolución de tal concepto, se debe precisar que tal devolución sólo 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 resolutive 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 sede de consulta, se adiciona 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.

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 1996.

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, a cargo de las entidades apelantes y demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, 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.

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 Y ACLARAR el **ORDINAL TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, proferida el diecinueve (19) de mayo de dos mil veintidós (2022), en primera instancia, por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA), únicamente respecto del proceso ordinario laboral promovido por la señora **AMALI TOBAR OROZCO** contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., **para adicionar dentro de los valores a devolver por la AFP PORVENIR S.A. a COLPENSIONES:** (i) la indexación de los gastos de administración, (ii) las sumas depositadas en el fondo de garantía de pensión mínima, (iii) las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales y (iv) se aclara que la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras es única y exclusivamente si dicho rubro se hubiere causado; 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.

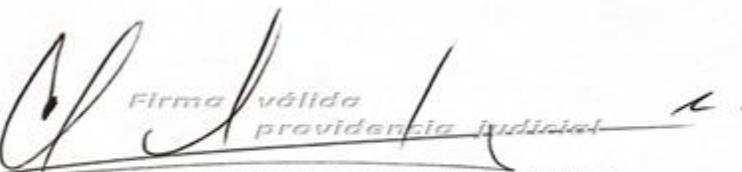
Los Magistrados,



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



Firma válida
providencia judicial

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL