

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, diecisiete (17) de julio de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	PEDRO FELIPE GIRALDO FAJURI
DEMANDADO(S)	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES 2. AFP PORVENIR S.A.
MINISTERIO PÚBLICO	Dra. FRANCIA ELENA BELALCÁZAR CHAVES, Procuradora 12 Judicial I para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social.
RADICADO N°	19-001-31-05-001-2021-00227-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS - PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	Se MODIFICA PARCIALMENTE el ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada y consultada, únicamente para declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS. SE ACLARA el ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada y consultada, con respecto a las sumas adicionales de las aseguradoras, a devolver por la AFP PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, en el sentido de señalar que tal devolución es <u>siempre</u> 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 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 el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada AFP PORVENIR S.A., y el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES**, contra la Sentencia Nro. 48 del 30 de junio de 2022, proferida en audiencia de oralidad de trámite y juzgamiento por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYAN (CAUCA), dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, promovido por el señor PEDRO FELIPE GIRALDO FAJURI.

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

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende el demandante: **(i) se declare la nulidad o, en su defecto, la ineficacia del traslado** al régimen de ahorro individual con solidaridad - RAIS, efectuado a través de PORVENIR S.A.; y, en consecuencia, **(ii) se condene** que la AFP PORVENIR S.A. debe asumir de su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de su pensión de vejez, por los gastos de administración en los que hubiera incurrido; **(iii) se condene** que la AFP PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES los valores de su cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de las aseguradoras, con los rendimientos que se hubieran causado; y **(iv) se condene** a las demandadas al pago de costas y agencias en

derecho (páginas 36 a 52, 02DEMANDA Y ANEXOS, cuaderno digital de primera instancia).

Como ***fundamentos fácticos*** sostuvo, se trasladó al fondo de pensiones HORIZONTE (hoy PORVENIR) en el año 1999, previamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

Que, el traslado se dio sin cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales para el trámite, pues no se le brindó la información clara, verdadera y correcta para efectuar el traslado.

Señala, en la última proyección efectuada en el 2019, se estimaba una pensión de \$781.242, valor que sería de \$1.554.222 en el régimen de Colpensiones, lo que denota el engaño del que fue objeto en el afán de afiliarlo.

Que, mediante escrito del 19 de agosto de 2021 solicitó a Colpensiones aceptar el traslado, pero, la le fue negada por la administradora de pensiones.

2.2. Contestación de COLPENSIONES:

En ejercicio del derecho a la defensa y de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderada (CONTESTACIÓN PEDRO FELIPE GIRALDO FAJURI, carpeta 19ContestacionColpensiones, del expediente de primera instancia), y luego de responder cada uno de los hechos de la demanda, se **opuso a todas las pretensiones** que comprometan los intereses de COLPENSIONES, al considerar que no se encuentra acreditado que en dicho acto se haya dado brindado por parte de la AFP una indebida asesoría y por ende no prosperan la pretensiones del demandante, además que es un tercero de buena fe que no participó en el acto jurídico de traslado que en su momento efectuó el actor.

No obstante, lo anterior, en el evento de declararse la nulidad y/o ineficacia del traslado, solicita que se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores o sumas generadas

como consecuencia de la afiliación de la demandante en el RAIS y que haya dejado de trasladar a COLPENSIONES, tales como la totalidad de los aportes, sin descuento alguno, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora y se incluya el porcentaje de pensión mínima, así como asumir la merma en el capital destinado a la financiación de la prestación – gastos de administración. Las anteriores sumas, debidamente indexadas.

Excepciones de fondo: (1) inexistencia de la obligación - 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.

2.3. Contestación de 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 principal de que el demandante

es un sujeto 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, a su juicio el acto de vinculación es válido al no estar inmerso en vicios del consentimiento.

Alega, el actor no se encuentra dentro de las restricciones de traslado señaladas en la Ley 797 de 2003 y tampoco cumple con lo exigido por la sentencia C 1024 de 2004 y SU 062 de 2010, para habilitar un traslado de régimen en cualquier tiempo; y que el hecho de haber permanecido en el RAIS por más de 20 años sin haber presentado con anterioridad al año 2020 ninguna inconformidad es prueba de su decisión informada y consciente de mantenerse en dicho régimen (CONTESTACION DE DEMANDA PEDRO GIRALDO.3., ubicado en la carpeta 21ContestacionDemandaPorvenir, expediente de primera instancia.).

Excepciones de mérito: (1) prescripción; (2) falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; (3) buena fe; (4) inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación; (5) prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo cumplimiento del deber de información aplicable al momento de la vinculación; (6) innominada o genérica; (7) inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones; y (8) debida asesoría del fondo.

2.4. Concepto preliminar del Ministerio Público:

La Doctora Francia Elena Belalcázar Chaves, Procuradora 12 Judicial I para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social, intervino en el presente asunto y frente a la pretensión de nulidad y/o ineficacia de traslado del RPM al RAIS, y, para efecto de su análisis, consideró como fundamentos de orden legal el literal b) del artículo

13 y artículo 271, de la Ley 100/1993; y de orden jurisprudencial, las sentencias SL1452-2019 y SL4989-2018, entre otras, concluyendo que asuntos como el presente se deben abordar desde la figura de la ineficacia y no propiamente sobre la existencia de vicios del consentimiento como el engaño; y que cuando se ha producido violación del deber de información de que es titular el afiliado, lo cual deberá demostrar la demandada, la consecuencia es la sanción prevista en el artículo 271 de la Ley 100/1993 (25.ConceptoPreliminarDeProcuraduría).

2.5. Decisión de primera instancia:

El JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA) se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento, el 30 de junio de 2022, y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA Nro. 048**, en la cual resolvió: **i) DECLARAR** la **INEFICACIA de la afiliación** del señor PEDRO FELIPE GIRALDO FAJURI a la AFP HORIZONTE S.A., que luego fue absorbido por PORVENIR, a partir del 20 de mayo de 1999. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado-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, **(ii) CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A.¹ a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor PEDRO FELIPE GIRALDO FAJURI, como cotizaciones y bonos pensionales (si los hubiere y estuvieren bajo la administración de la AFP), sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., con los rendimientos que se hubieren causado. De igual modo, se dispone que la citada AFP deberá trasladar a Colpensiones primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las sumas adicionales de la aseguradora y el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, éstos últimos -es decir, gastos de administración-, debidamente indexados. Que, al momento de cumplirse esta

¹ En el acta de audiencia se indica que la orden contenida en el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia es a PROTECCIÓN S.A., pero, se trata de un error del acta de audiencia, escuchado el audio la orden si se da a la demandada PORVENIR S.A.

orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores y demás información relevante que los justifiquen, valores estos que deberán ser recibidos por COLPENSIONES; **(iii) ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. normalizar la afiliación de la demandante en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalle de los aportes del actor; **(iv) NEGAR** la prosperidad de las excepciones de mérito propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR AFP S.A.; **(v) CONDENAR** en costas a la AFP PORVENIR S.A; y **(vi) NEGAR LA CONDENA** en costas a cargo de COLPENSIONES.

TESIS DE LA JUEZ: Al resolver los problemas jurídicos, considera que hay lugar a acceder a las pretensiones de la parte actora, ya que en el presente caso existió una indebida asesoría y falta de información clara, veraz y suficiente hacia el demandante, por parte de la AFP Horizonte, que luego fue absorbida por la AFP Porvenir S.A., luego entonces, procede declarar la INEFICACIA de esa afiliación y permitir el retorno al régimen de prima media con prestación definida, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, sin que para el caso haya operado la prescripción de la acción.

Además, dijo que, no es plausible el argumento de que el afiliado firmó libre y voluntariamente el formulario de afiliación o traslado, en tanto que, como lo ha dicho la jurisprudencia laboral, la libertad presupone un consentimiento pleno de las consecuencias de una decisión y sin la información suficiente no hay autodeterminación y, en el expediente, no hay una prueba real, distinta del formulario de afiliación, que indique que el demandante si tomó una decisión responsable frente a la decisión más apropiada sobre sus ahorros pensionales.

Sobre el deber de información a cargo de los fondos de pensiones, y los efectos de su inobservancia; así como la inversión de la carga de la prueba en cabeza del fondo privado de pensiones, la Juez hace referencia a la Ley 100 de 1993, Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994, y Ley 795 de 2003, entre otros; así como a las providencias de la CSJ-Sala Laboral, por ejemplo: las decisiones SL-1947-2017, SL-1688-2019, SL-3301 -2021, SL-3328-2021 y SL-2127 2021.

(Ver archivo: 28. Audiencia Art 77y80 CPTSS-0220630_091158-Grabación de la reunión).

2.6. Recurso de apelación de PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de Porvenir S.A. **presenta recurso de apelación frente a la orden impartida en primera instancia respecto a la devolución de los gastos de administración y comisiones**, en tanto considera que se estarían desconociendo las reglas existentes en materia de restituciones mutuas reguladas en el artículo 1746 del Código Civil.

Considera que, el fondo de pensiones Porvenir S.A. ejecutó cabalmente sus obligaciones y en tal virtud generó una rentabilidad a favor del demandante, y aquellas gestiones están dejando sin su correlativa compensación a la que tiene derecho la AFP.

Alega, se debe tener en cuenta que resulta imposible retrotraer los efectos de las labores de la administración desarrolladas por la AFP y que ya se encuentran consolidadas, y no es procedente ordenar la devolución de la sumas percibidas por ese concepto, pues, con ello, como se está manifestando, hay un equilibrio que se está rompiendo frente a esa orden que debe mantener o propender en las restituciones mutuas y que el carácter retroactivo de la declaratoria de ineficacia no puede servir para generar un enriquecimiento injustificado para la parte demandante, pues, agrega que, ha sido el mismo legislador el que ha determinado las obligaciones a cargo de la sociedades administradoras de los fondos de pensiones de cesantías y su derecho a percibir una remuneración (Art.20, ley 100/93).

Añade, se debe tener en cuenta que el demandante se benefició por el espacio de 23 años de los beneficios de la administración de los recursos que sobre ellos se ejecutó la AFP y que para esto la misma AFP incurrió con los costos necesarios para realizar todas las labores de inversión, sin que sea viable deshacerlas, es decir, no pueden ser alcanzadas por el efecto retroactivo de la ineficacia.

Argumenta que, los valores recibidos por la administradora, por los gastos de administración y comisiones, pueden ser considerados también como expensas necesarias en el lenguaje utilizado en las reglas sobre restituciones recíprocas, y, por lo tanto, tendría derecho conservarlas de conformidad con el artículo 965 del Código Civil.

De otra parte, considera que, el acto de ineficacia únicamente alcanza el acto de traslado de régimen pensional y no al contrato de seguros, por consiguiente, no resulta viable la devolución de las primas de seguro provisional por la cual fue asegurado y beneficiado el demandante (artículo 108, Ley 100 de 1993), pues este se benefició de la cobertura otorgada por dicho contrato, de tal forma de que si en la vigencia hubiese ocurrido algún siniestro aquel o sus beneficiarios se habrían hecho acreedoras de prestaciones acordados a cargo de la aseguradora para garantizar la pensión de invalidez o de sobreviviente. Además, que la AFP contrató el seguro provisional en el cumplimiento de una obligación legal y que aquella se derivó del beneficio del demandante durante la vigencia de la relación asegurada, se hace patente que la retroactividad de la ineficacia no puede hacer desaparecer los efectos de un contrato de tracto sucesivo que se agotó mientras estuvo vigente la afiliación del demandante dentro del RAIS.

Respecto de los gastos de administración, comisiones y valor para cubrir la prima de seguro provisional considera que no constituyen un detrimento al patrimonio del afiliado, por cuanto el legislador impuso a las sociedades administradoras de los fondos de pensiones la obligación consagrada en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994, con la finalidad de lograr los objetos de salvaguardar el patrimonio del afiliado para que éste sirva en cumplimiento de la finalidad a la que se encuentra afecto, esto es, para financiar la pensión de vejez.

Finalmente agrega que, Porvenir S.A. ha actuado bajo el principio de confianza legítima y también ha desarrollado todos los postulados de buena fe y en ese orden de ideas el acto jurídico se celebró conforme a la normatividad y la jurisprudencia vigente y que todas las obligaciones que se generaron dentro del régimen de

ahorro individual fueron cumplidas a satisfacción por parte de la AFP porvenir S.A.

En base a lo anterior solicitó que se revoque la decisión emitida en primera instancia respecto a la devolución de gastos de administración y prima de seguros.

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 (13(1)NotaADespachoVencidoTrasladoAlegatosFajuri, cuaderno de segunda instancia, del Tribunal), se recibieron alegatos por parte de COLPENSIONES y PORVENIR.

Sin embargo, constatado el expediente digital, **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 25 de agosto de 2022 (07(2)AutoCorreTrasladoParaAlegatos(A)) y fue notificado a través de estados electrónicos, Nro. 136, el 26 de agosto de 2022 (08(1)Estado136agosto26de2022), 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 29 de agosto al 02 de septiembre de 2022, y PORVENIR S.A. presentó sus alegatos por correo el 06 de septiembre de 2022 (11(1)RecepciónAlegatosPorvenir6sep2022), esto es, por fuera de la oportunidad que tenía para presentarlos y, por lo tanto, no se tendrán en cuenta.

3.1. Alegatos de Colpensiones:

La apoderada judicial de Colpensiones allegó escrito de alegatos (10(2)AlegatosColpensiones), en donde ratifica los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, ya que para el momento del traslado NO les era exigibles a los fondos documentar las asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de afiliación, pues esta es una carga que la jurisprudencia impuso, lo contrario, implica imponer cargas a los

fondos no previstos por el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que los fondos teniendo la facultad legal para hacerlo optaron por no constituir otros documentos por fuera del formulario, prueba de ella es que en ninguno de estos procesos cuentan con otras pruebas y así lo han manifestado en estos procesos, por manera que exigirles otros mecanismos probatorios distintos al formulario en la actualidad es obligarlos a lo imposible. De ahí que, a su juicio, es necesario que el operador jurídico considere que lo que está ocurriendo en los asuntos como el que nos ocupa, NO es porque el fondo privado incumplió, sino porque ocurrió un cambio normativo

En ese sentido, Colpensiones concluye en sus alegatos que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en los términos en que fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado que en su momento efectuó el actor, pues éste no hace parte de la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002 para retornar al RPM en cualquier tiempo.

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., quien integra 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 el recurso contra la sentencia de primer grado.

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

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

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

eventualmente obligadas a reconocerlo.

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

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

5. ASUNTOS POR RESOLVER

Acorde con el recurso 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. En virtud del grado de consulta en favor de Colpensiones:

¿Procede la declaración de ineficacia de afiliación del demandante, Pedro Felipe Giraldo Fajuri, del RPM al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A. (antes Horizonte)?

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; y **(iii)** finalmente, quién tiene la carga de la prueba.

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

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

En virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES y como se ha hecho en otros casos similares por esta Sala, se examinará:

¿Cuáles valores se deben ordenar trasladar del fondo privado PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, para garantizar la estabilidad financiera del sistema de pensiones?

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

6. RESPUESTA A LA CONSULTA SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS Y/O TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL:

Tesis de la Sala: La respuesta al primer interrogante **es positiva**, sin embargo, la Sala concluye que 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 declaró la Juez de Primera Instancia. Se confirma lo demás, en cuanto a la decisión de permanencia del demandante en el RPM administrado hoy por COLPENSIONES, contenida en la sentencia objeto de consulta, porque la administradora de pensiones Horizonte (hoy AFP Porvenir S.A.) al efectuar la asesoría para el traslado en el año 1999, incumplió con el deber legal del suministro de la información al señor Pedro Felipe Giraldo Fajuri,

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 ley². 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.

² 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, aplicable al presente caso, el traslado entre los dos regímenes pensionales sólo se puede realizar por una sola vez cada tres (3) años contados desde la selección inicial.

Luego, con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003, el plazo de traslado se extendió a cinco (5) años.

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

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

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

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

“Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación.

La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

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

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

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

(... ...)

f. Abstenerse de dar la información que, a juicio del Superintendente Bancario, deba obtener el público para

conocer en forma clara la posibilidad que la institución tiene de atender sus compromisos. (... ..)

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

Artículo 97: Información:

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

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

Y, además, expresamente se dispone que

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

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

6.9. 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 entre otras 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.

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 desvirtuarlo 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.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

[3: El artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo refiere que «No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca» el mínimo de derechos laborales.][4: Los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011 «Estatuto del Consumidor», privan de efectos, de pleno derecho, a las cláusulas abusivas incluidas en los contratos celebrados con los consumidores.][5: De acuerdo con el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el contenido de las pólizas debe "ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente Estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva".]

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; y recientemente SL610-2023.

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 CPLSS, sin tachas, en conjunto con las contestaciones a la demanda por las entidades demandadas, se obtienen los siguientes hechos probados:

6.11.1. Según el formulario de vinculación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, Nro. 99-0010879, visible en la página 21, 02DEMANDA Y ANEXOS, del cuaderno digital de primera instancia, el demandante presentó la solicitud de vinculación al RAIS el 20 de mayo de 1999.

Este formulario tiene la firma del señor PEDRO FELIPE GIRALDO FAJURI, demandante, en la casilla correspondiente, donde además se deja constancia de que el mismo se realiza en forma libre, espontánea y sin presiones.

De acuerdo con el certificado expedido el 13 de octubre de 2021, por parte del Gerente de Clientes de Porvenir S.A., la afiliación del actor data del 01 de julio de 1999 (Certificado afiliación CC 10539815, Carpeta 21ContestacionDemandaPorvenir) y este hecho se constata con el certificado de afiliación emitido por la misma administradora, el 29/08/2019, aportado en la página 9 de los anexos a la demanda (archivo #02).

6.11.2. De acuerdo con la historia laboral consolidada en pensiones de la AFP PORVENIR S.A., actualizada al 13/10/2021, aportada con la contestación de dicho fondo, se prueba la afiliación actual del señor PEDRO FELIPE GIRALDO FAJURI a dicho régimen, con un total de 1.710 semanas cotizadas en toda su vida laboral, de las cuales 596.4 son válidas para bono o le registran en el sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda (OBP), entre el 19/12/1985 y el 29/06/1999; y 1113,7 semanas fueron cotizadas a Porvenir S.A. (Historia laboral RAIS CC 10539815, carpeta 21ContestacionDemandaPorvenir, del cuaderno 1ª instancia).

El traslado al RAIS está VIGENTE, según relación histórica de movimientos de Porvenir S.A. (Informe movimiento cuenta CC 10539815, Carpeta #21).

El traslado del RPM al RAIS se constata en el Archivo titulado Certificación SIAFP Pedro Giraldo, ubicado en la Carpeta #21, del expediente de primera instancia, así:

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 4:00:22 PM

Afiliado: CC 10539815 PEDRO FELIPE GIRALDO FAJURI [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 10539815

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	1999-05-20	2004/04/16	HORIZONTE	COLPENSIONES		1999-07-01	2013-12-31
Cesion por fusión	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 10539815

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1999-05-20	1999-11-30	01	AFILIACION	HORIZONTE	

6.11.3. Conforme la historia laboral de COLPENSIONES, del 06 de octubre de 2021 (19ContestacionColpensiones), el actor se afilió a dicho régimen el 19/12/1985, y su estado es “Trasladado”, habiendo realizado aportes hasta el 30/06/1999, por un total de 594 semanas.

6.11.4. Por último, aparece probado la negativa tanto de Colpensiones como de la AFP Porvenir S.A. sobre la solicitud del actor tendiente a anular la afiliación (páginas 16 a18 y 33 a 35, archivo #02).

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 20 de mayo de 1999, el demandante PEDRO FELIPE GIRALDO FAJURI presentaba afiliación inicial al régimen de prima media administrado por el ISS, hoy Colpensiones, contando con más de 500 semanas cotizadas.

2. Por otra parte, del examen en conjunto de los medios de convicción documentales, esta Sala advierte que la pasiva PORVENIR S.A., estando obligada, por haber asumido los afiliados de HORIZONTE, por cesión por fusión entre ambos fondos, no demostró en el proceso que en el año 1999 cuando suscribió solicitud de traslado el demandante a la administradora de pensiones Horizonte, le fue dado a conocer al señor PEDRO FELIPE GIRALDO FAJURI, 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, sí estaba vigente para la fecha del traslado en el año 1999, del ISS a HORIZONTE (hoy 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, como aquí ocurrió, 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 señor Pedro Felipe Giraldo Fajuri.

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, era Porvenir S.A. en quien recaía 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 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 del afiliado, cuando cumpla los requisitos legales, garantizándose así la sostenibilidad financiera de dicho fondo.

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. Así lo recordó la CSJSL, por ejemplo, en 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 el actor desde el año de 1985, administrado hoy por Colpensiones.

Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la decisión de ineficacia, pero, **modificándola** en el sentido de declarar **INEFICAZ EL TRASLADO**, y no de la afiliación, 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 AFP, la consecuencia derivada es su ineficacia.

7. RESPUESTA A LA ORDEN DE DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, PRIMAS DE SEGUROS PREVISIONALES 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 del demandante y de paso, se produce un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

Se confirman los valores ordenados trasladar y descontados por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, al igual que los bonos pensionales, los valores pagados por las primas de los seguros previsionales y lo descontado con destino al fondo de garantía de la pensión mínima.; pero, **aclarando** que las sumas adicionales de las aseguradoras sólo proceden 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 solicitud por las siguientes razones:

Es procedente la condena atinente a la devolución de los gastos de administración que se recibieron mientras el señor PEDRO FELIPE GIRALDO FAJURI 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).

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 la juez, 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 adecuada la decisión de que PORVENIR S.A. proceda a su devolución, como quiera que dicha garantía se financia con un porcentaje 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 PEDRO FELIPE GIRALDO FAJURI, 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**, es acorde la decisión de primera instancia, ya que ordenó la devolución de tal concepto, precisando 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. 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.

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 1999.

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

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

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

Se insiste, la CSJSL tiene decantado, en fallos CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, reiterados en decisión del 16 de marzo de 2022, SL813-2022, entre otros, que la acción encaminada a la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen de pensiones es imprescriptible.

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia anotada, no procede declarar probada la excepción de prescripción,

9. COSTAS

En aplicación del numeral 1º 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 la entidad apelante y 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.

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. 048, proferida el treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022), en primera instancia, por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA), dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor PEDRO FELIPE GIRALDO FAJURI contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., **únicamente en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS.**

SEGUNDO: ACLARAR el **ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada dentro de este proceso ORDINARIO LABORAL, con respecto a las sumas adicionales de las aseguradoras, a devolver por la AFP PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, en el sentido de que dicha devolución procede 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.

QUINTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** la presente sentencia a las partes por **ESTADO ELECTRÓNICO**, para su

Proceso Ordinario Laboral. Apelación sentencia y consulta. Exp. Radicado Nro. 19001310500120210022701. PEDRO FELIPE GIRALDO FAJURI vs. COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Sentencia.

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