

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, seis (06) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ÁLVARO ATEHORTÚA GIRALDO
DEMANDADO(S)	1. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. 2. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
RADICADO	19-001-31-05-003-2020-00116-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS - PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	SE ADICIONA EL ORDINAL TERCERO DE LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA PARA INCLUIR DENTRO DE LOS VALORES A DEVOLVER POR LA AFP PROTECCIÓN S.A. A COLPENSIONES LA INDEXACIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS PAGADAS POR LAS PÓLIZAS DE LOS SEGUROS PREVISIONALES Y LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS ADICIONALES DE LAS ASEGURADORAS, <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 los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados judiciales de la parte demandada, AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, **y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES**, contra la Sentencia Nro. 06 de 2022 del primero (01) de febrero de dos mil veintidós (2022), proferida en primera instancia por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

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

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende el demandante: **(i) Que se declare** la NULIDAD y/o INEFICACIA de su traslado o vinculación del RPM al Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCIÓN S.A., por estar viciado de error y por ende en su consentimiento informado, por falta de asesoría y omitir el deber de información; y, en consecuencia; **(ii) se condene** a PROTECCIÓN 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 hubiere incurrido; **(iii) se condene a PROTECCION S.A.** a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES todos los valores y/o aportes de su cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los rendimientos que se hubieren causado; **(iv) ordenar a COLPENSIONES** aceptar el traslado y/o la afiliación nuevamente y recibir los valores trasladados por el fondo privado; y **(v) se**

condene en costas y agencias en derecho a las demandadas (04(14)Demanda).

Como **fundamentos fácticos** sostiene, se afilió a la AFP PROTECCION S.A. el 05 de enero de 1995, teniendo una afiliación previa al Régimen de Prima Media desde el 16 de noviembre de 1983, hasta el 01 de diciembre de 1994, alcanzando a cotizar un total de 526 semanas.

Que, el asesor comercial del fondo privado, encargado de realizar la afiliación y/o traslado al RAIS, omitió información valiosa e importante relacionada con las modalidades de pensión, sus diferencias, la posibilidad que tenía de retractarse y el monto posible, de tal manera que la decisión adoptada hubiera sido verdaderamente libre y espontánea. Así las cosas, no se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13, literal b, de la Ley 100 de 1993, tampoco a las obligaciones establecidas en el Decreto 1161 de 1994, artículo 3; y en el Decreto 656 de 1994, artículos 4 y 15.

Dijo que, Protección realizó una proyección de su pensión de vejez, en cuya liquidación encontró que el monto es inferior al que le correspondería en el RPM, por lo que se le causa un detrimento patrimonial.

Por último, indicó que, mediante oficio del 02 de julio de 2019 la entidad demandada Protección S.A. tomó la decisión de no anular su vinculación o traslado. Así mismo, la entidad demandada Colpensiones mediante oficio del 10 de junio de 2019 rechaza la solicitud de traslado.

2.2. Contestación por PROTECCIÓN S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, la AFP PROTECCIÓN S.A., a través de su apoderado judicial, contestó la acción y se **opuso a todas las pretensiones** (08(8)ContestaciónProteccion), con fundamento en que la afiliación del demandante al fondo de pensiones se efectuó en la época conforme los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia, y a él se le brindó una absoluta, profesional y verdadera asesoría, de esa forma fue aprobada y

conforme a ello decidió afiliarse al régimen de ahorro individual. Así las cosas, concluye que el demandante se afilió de forma libre y voluntaria.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó como: (1) inexistencia de vicio del consentimiento que pudo inducir a error en la afiliación del demandante a la AFP Protección S.A., que traiga como consecuencia la anulación de la afiliación; (2) falta de causa en las pretensiones de la demandada; (3) carencia de acción y ausencia del derecho; (4) inexistencia de la obligación de devolver la comisión cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; (5) inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; y (6) buena fe; (7)prescripción y (8) genérica o innominada.

2.3. Contestación por COLPENSIONES:

En ejercicio del derecho de contradicción y de defensa, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderada judicial sustituta(15(15(ContestacionColpensiones) y luego de responder cada uno de los hechos de la demanda, se **opuso a todas las pretensiones**, al considerar que no es procedente la nulidad y/o ineficacia del traslado del RAIS al RPM, por no haberse acreditado en el expediente que en dicho acto se hubiera brindado por parte de la AFP una indebida asesoría y por encontrarse prescrita la acción.

No obstante, lo anterior, en el evento de declararse la ineficacia y/o del traslado al RAIS, solicita se ordene a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes al RPM para garantizar el financiamiento de la respectiva prestación. Igualmente, como petición especial, se normalice la afiliación en el sistema correspondiente y la devolución se haga con el detalle de los aportes.

Excepciones de fondo: (1) inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación del demandante que traiga como consecuencia la anulación o invalidez

de la misma; (2) retorno en cualquier tiempo al RPM, faltando menos de 10 años para la edad 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 Código Civil; (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, finalmente (12) prescripción.

2.4. Decisión de primera instancia:

El JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, (CAUCA), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento, el día primero (01) de febrero de dos mil veintidós (2022), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar SENTENCIA Nro. 006 de 2022, en la cual resolvió: **i) DECLARAR**, la ineficacia de la afiliación en pensiones del demandante ALVARO ATEHORTUA GIRALDO, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., efectuada el 27 de diciembre de 1994; **(ii) DECLARAR** que, para todos los efectos legales, el demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **(iii) CONDENAR** a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. a efectuar el pago o traslado a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, como administradora del Régimen de Prima Media, del total del capital y los rendimientos financieros de la

cuenta de ahorro individual del demandante, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a COLPENSIONES, junto con los bonos pensionales que hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido; y las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual del demandante por concepto de gastos de administración, así como las descontadas con destino a la garantía de pensión mínima; **(iv) ORDENAR** a COLPENSIONES recibir los valores trasladados por la AFP PROTECCIÓN S.A. y correspondientes al demandante; **(v) DECLARAR** como no probadas las excepciones de fondo propuestas por las entidades demandadas; y **(vi) CONDENAR** a la administradora PROTECCIÓN S.A. a pagar las costas que se liquiden en favor del demandante, incluidas las AGENCIAS EN DERECHO que se fijan en la suma equivalente a un SMLMV.

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

En respuesta al interrogante, el Juez concluyó que en este caso para la fecha en que el demandante suscribió el formulario de afiliación (27 de diciembre de 1994) la AFP Protección estaba obligada a brindar previamente una información clara y precisa de los aspectos favorables y desfavorables de la decisión a tomar para que la misma fuera libre y voluntaria, y, que, al negar la promotora del proceso que esa información le fue suministrada, le correspondía al fondo demostrar el cumplimiento de esa obligación, en virtud de la inversión de la carga de la prueba, lo cual no ocurrió, dado que solo se aportó por Protección la firma del demandante en el formulario de afiliación, el cual no es prueba idónea de esa obligación, razón por la cual el acto de la afiliación se torna en INEFICAZ.

Explicó que dado que el actor estaba anteriormente afiliado al ISS, debe retornar al RPM a través de COLPENSIONES, como entidad administradora de dicho régimen.

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

Respecto de la excepción de prescripción alzada por los demandados, cita la decisión de la Corte Suprema de Justicia SL1689 del 8 de mayo de 2019, donde se decide que la declaración de ineficacia de traslado es imprescriptible al derivarse del derecho irrenunciable a la seguridad social y tratarse de una acción declarativa.

2.5. Recurso de apelación de COLPENSIONES

La apoderada judicial de COLPENSIONES presentó apelación contra el fallo de primer grado, señalando que **se ha omitido por parte del Despacho ordenar a Protección que se traslade lo atinente a la indexación de los gastos de administración y la prima de seguros previsionales.**

Frente a la indexación de los gastos de administración, basa su defensa en las sentencias SL 1421, SL 1688 y SL 1689 de 2019, de la CSJ-SL. En ese sentido, solicitó se adicione el numeral tercero de la decisión para ordenar a la AFP que además del traslado de los gastos de administración, se ordene que los mismos sean indexados por el período en que el demandante permaneció afiliado al RAIS.

Igualmente, se opone al fallo, en cuanto se ha omitido por parte del despacho ordenar se traslade lo atinente a las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los cuales igualmente deben regresar al régimen de prima media como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado por el actor y a efectos de no afectar el equilibrio financiero de la entidad, las AFP vienen efectuando un descuento directo de la cotización mensual que realizan los afiliados y que, al no devolverse

o retornar al régimen de prima media, pues claramente ocasiona un detrimento patrimonial a Colpensiones, que estaría recibiendo aportes incompletos.

Como apoyo de esto último, citó la sentencia del 17 de noviembre de 2021 con radicado 2020-182-01, con ponencia del doctor Carlos Eduardo Carvajal Valencia.

En los términos anteriores, solicita se adicione la providencia objeto de alzada.

2.6. Recurso de apelación de PROTECCION S.A.

El apoderado judicial de la AFP Protección S.A. **presenta su recurso de apelación frente a la orden impartida en primera instancia frente a la orden de devolución de los gastos de administración, al considerar,** “...la AFP ha descontado un 3% para cubrir gastos de administración, descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, y que opera tanto para el RAIS como para el RPM.

Durante todo el tiempo que el demandante ha estado afiliado mi representada ha administrado los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, gestión realizada con la mayor diligencia y cuidado, pues, Protección es una entidad financiera experta en la inversión de los recursos de propiedad de sus afiliados, gestión de administración evidenciada por los buenos rendimientos financieros que se han generado en la cuenta de ahorro del demandante, invirtiendo, pues, recursos materiales como personales, para la administración de esos recursos.

Consideramos que no es procedente de que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros en la cuenta de ahorro individual del demandante, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración, como es legalmente permitido para cualquier entidad financiera.”

Además, señaló, ordenar a Protección devolver a Colpensiones lo descontado por comisiones de administración se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor del

demandante, pues estaría recibiendo unos recursos generados por la buena administración de la AFP sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada.

Por tal motivo, se solicita modificar la sentencia en ese punto para no incluir tales valores.

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Respecto a los alegatos en segunda instancia, de acuerdo con la nota secretarial que precede (archivo digital No. 13, 13(1) NotaADespachoVencidoTrasladoAlegatos, del cuaderno del Tribunal) y constatado el expediente digital, se tiene que se recibieron alegatos por parte de COLPENSIONES y la AFP PROTECCION S.A..

No obstante, los alegatos presentados por el fondo privado PROTECCIÓN S.A. se consideran **extemporáneos**, ya que, el auto que corrió traslado para alegatos, por el término de 5 días, se notificó por estado electrónico el día 27 de julio de 2022 (archivo #08, ibidem), corriendo los 5 días para apelar para las partes apelantes entre los días hábiles 28 de julio al 3 de agosto de 2022, pero, el apoderado de PROTECCIÓN S.A. envió los alegatos al correo de la Secretaría el día 04 de agosto de esa calenda (archivo #11), esto es, en forma inoportuna, por lo cual, esta Sala no los tendrá en cuenta.

Alegatos de Colpensiones:

La apoderada judicial de Colpensiones, al alegar de conclusión (10(6)AlegatosColpensiones), hizo mención que en caso de que el Tribunal confirme la decisión del a quo, se modifique y/o adicione el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a la AFP Protección S.A. que además de trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales en caso de contar con ellos y gastos de administración; también se ordene como valor a trasladar Colpensiones, lo ateniendo a: (i) indexación de gastos de administración; (ii) primas de los seguros

provisionales, y (iii) las sumas adicionales de la aseguradora en caso de que estas se hubiesen causado.

Lo anterior, a fin de que se garantice el traslado íntegro de los aportes sobre lo que cotizó el demandante, sin descuento alguno, por ser valores que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM, advirtiendo que el grado jurisdiccional de consulta permite examinar al Tribunal oficiosamente dicho aspecto en protección del interés público.

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

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

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

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

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

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

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

5. ASUNTOS POR RESOLVER

Acorde con los recursos de apelación y para responder al grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala Laboral resuelve los siguientes problemas jurídicos, los cuales se rigen por el **principio de consonancia** que gobierna la segunda instancia, por lo que, de entrada, hay que señalar 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:

¿Procede la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, ÁLVARO ATEHORTÚA GIRALDO, del RPM, administrado hoy por COLPENSIONES, al RAIS, administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A.?

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 a los temas sustentados en la apelación por las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES y en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se pasa a resolver:

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico la decisión del a quo de ordenar a Protección S.A. trasladar al RPM administrado por Colpensiones, los gastos de administración?

¿Debió incluirse en la orden a la AFP PROTECCIÓN S.A. el traslado a Colpensiones de los valores por concepto de (i) las primas de los seguros previsionales y (ii) la indexación de los gastos de administración?

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 O TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL:

Tesis de la Sala: La Sala concluye, se debe **CONFIRMAR** la declaración de ineficacia del traslado al RAIS realizado a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., lo que implica ratificar la permanencia del demandante en el RPM administrado hoy por COLPENSIONES, porque la AFP PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado en el año 1994 incumplió con el deber legal del suministro de la información, en forma clara y suficiente, en cuanto a los efectos positivos y negativos que acarreaba el cambio de régimen pensional, al cual estaba obligada en el momento del traslado, como se explicará más adelante.

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:

“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

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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.”

(... ...)

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 1994:

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. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

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 1994, 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 100/93, 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. 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 y más reciente SL-1563-2022.

En particular, sobre este puntual tema, 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° 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”.

Por su parte, la CSJSL ha reiterado su línea de pensamiento con valor de doctrina probable, de que, en los eventos de traslado o afiliación desinformada, la sanción es la **ineficacia** de tal acto o negocio jurídico, tal cual se expone en las sentencias CSJ SL 31989 del 9 sep. 2008, CSJ SL 31314 del 9 sep. 2008, CSJ SL 33083 del 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019, SL4373-2020, SL4811-2020, SL3202-2021, SL3035-2021 y más recientes SL1563-2022 y SL1952-2022.

6.9. En consonancia, en estos casos, jurisprudencialmente se ha establecido **la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.**

Cumple memorar que la CSJ-Sala Laboral, ha adocinado que las administradoras de pensiones tienen la carga de probar que proporcionaron al afiliado asesoría integral sobre las implicaciones del cambio de régimen, teniendo en cuenta su posición en el mercado, profesionalismo y experticia, por lo que se encuentran en situación de privilegio (artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994). Por ello, en decisión SL813-2022 recordó que **“la propia legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores (artículo 11 Ley 1328 de 2009).”**

En proveído CSJ SL1688-2019, se reflexionó:

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación 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; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.”

6.10. HECHOS PROBADOS RELEVANTES:

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

6.10.1. Que, conforme a la información contenida en el reporte de semanas cotizadas en pensiones de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, actualizado a 28 de julio del año 2021, el señor ÁLVARO ATEHORTÚA GIRALDO, hoy demandante, se encontraba afiliado desde el 10/01/1985 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, y su estado es TRASLADADO (página 9 y ss., archivo 13(12)AnexosContestacionColpensiones, del cd. de primera instancia).

Lo anterior se corrobora con el reporte de semanas cotizadas en pensiones de Protección S.A., en donde aparecen 526,14 semanas cotizadas para pensión a nombre del demandante en el RPM, con nota de que se hizo redención del bono el 02/09/2020 (pág.15, 09(34) AnexosContestacionProteccion).

Aporta Colpensiones Resolución Nro. 0593 de septiembre 18 de 2020 en la cual se hace reconocimiento de cuotas partes financieras de bono pensional de varios afiliados de PROTECCIÓN S.A., entre ellos, el demandante (páginas 3 a 8, archivo 13(12)AnexosContestacionColpensiones).

6.10.2. Según el formato de vinculación a PROTECCION S.A., aportado como anexo por la AFP demandada (pág. 1, 09(34) AnexosContestacionProteccion), el demandante se afilió a dicho fondo el 27 de diciembre de 1994.

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 27 de diciembre de 1994, el demandante presentaba afiliación inicial al régimen de prima media administrado por el extinto Seguro Social, hoy Colpensiones, contando con 526.14 semanas cotizadas, como trabajador dependiente de empresas del sector privado.

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 PROTECCION S.A., estando obligada, no demostró en el proceso que en el año 1994 cuando suscribió solicitud de traslado el señor Álvaro Atehortúa Giraldo, le hubiese dado a conocer al demandante 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 diciembre de 1994, cuando se dio la afiliación efectiva a PROTECCION 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. Ahora, la inscripción en el RAIS no se subsana con el documento denominado “REASESORÍA PENSIONAL”, firmado por el afiliado (página 02, archivo #09), por cuanto si bien se le informa la fecha de límite de traslado de fondo pensional, también lo es que nunca se le puso de presente las consecuencias de traslado del RPM al RAIS; y a la pregunta ¿después de realizar el cálculo,

económicamente le conviene quedarse en PROTECCIÓN S.A.?, se marcó la casilla NO.

(Page 1 of 1)

PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCION

REASESORIA PENSIONAL
FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS

CIUDAD: Cali DEPARTAMENTO: Valle FECHA DE REASESORIA (AAAA/MM/DD): 20/09/20

DATOS DEL CLIENTE

PRIMER APELLIDO: Atehortua SEGUNDO APELLIDO: Giraldo PRIMER NOMBRE: Alvaro SEGUNDO NOMBRE:

☒ CC ☐ C.E. NÚMERO: 16607014

EDAD MUJERES: ☐ MAS DE 46 AÑOS (ULTIMOS 10 AÑOS) ☐ 46 AÑOS (AÑO II) ☐ MENOS DE 46 AÑOS

EDAD HOMBRERES: ☒ MAS DE 51 AÑOS (ULTIMOS 10 AÑOS) ☐ 51 AÑOS (AÑO II) ☐ MENOS DE 51 AÑOS

☒ AÑOS EN EL RAI ☐ MAS DE 5 AÑOS EN EL RAI ☐ MENOS 5 AÑOS EN EL RAI

SIN HISTORIA LABORAL: ☐ SALARIO A JUNIO 2019: ☒ MAYOR O IGUAL A \$95.000 ☐ MENOR A \$95.000

TIENE DOMICILIO: ☒ SI ☐ NO

AÑOS DE SERVICIO COTIZADOS A: ☒ MAYOR O IGUAL A 15 AÑOS ☐ MENOR A 15 AÑOS

MOTIVO POR EL QUE SOLICITA LA REASESORIA

☐ RECIBO CARTA / COMUNICACION ☐ INICIATIVIDAD PROPIA ☒ INVITACION DE EJECUTIVO ☐ OTRO CUAL?:

RESULTADO DEL CALCULO

DESPUES DE REALIZAR EL CALCULO, ECONOMICAMENTE LE CONVIENE QUEDARSE EN PROTECCION S.A.? ☐ SI ☒ NO

LA DECISION DEL AFILIADO ES

☐ SE TRASLADA AL ISS ☒ SE QUEDA EN PROTECCION ☐ GESTION EFECTIVA SIN FIRMA DEL CLIENTE

☒ APLAZA DECISION AAAA/MM/DD: 20/09/20

FECHA LIMITE para tomar mi última decisión de traslado hacia el régimen de prima media, y reconozco que la ley contempla que un afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. En caso que no le convenga continuar en el RAI y aplaza la decisión de trasladarse al ISS, recuerde la importancia de realizar los trámites antes del tiempo límite, si su decisión final es trasladarse.

PARA USO INTERNO DE PROTECCION REASESORIA VIA TELEFONO-MAIL-FAX: ☐ VISITA OFICINA: ☒ DETALLAR GESTION EN OBSERVACIONES

4. 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 CSJ-SL, 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 a él 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 Álvaro Atehortúa Giraldo.

Además, no constituyen indicios serios de la validez del traslado, el hecho de permanecer en el RAIS por más de 20 años, haber recibido extractos de la cuenta bancaria sin presentar observaciones o queja y no efectuar el derecho a retractarse dentro de los plazos.

Así, a la AFP Protección S.A. 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.

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

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

Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, a favor del promotor del proceso, determinada en la sentencia de primera instancia, ya que ante 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 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 desde el año de 1985, administrado hoy por Colpensiones.

7. RESPUESTA A LA ORDEN DE DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y DE LOS DEMÁS VALORES A DEVOLVER COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACION AL RAIS, PARA CONTESTAR LAS APELACIONES 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 con destino al fondo de garantía de la pensión mínima; al igual que lo referente a los bonos pensionales.

Pero, se adiciona la sentencia de primera instancia para ordenar la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, los valores pagados por las primas de los seguros previsionales y en sede de consulta se ordena la devolución adicional de las sumas adicionales de las aseguradoras, aclarando que sobre éstos últimos sólo procede 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 PROTECCIÓN 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 el señor ÁLVARO ATEHORTÚA GIRALDO 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)." (Se resalta con intención).

En consecuencia, no es viable lo pretendido por PROTECCIÓN 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 poder del fondo privado.

Sobre este punto hay que señalar que en lo que respecta a 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 mantener la decisión de que PROTECCIÓN 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.

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 Protección 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 **Álvaro Atehortúa Giraldo**, 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 consulta, se adicionará la decisión de primera instancia que no 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 resolutivas en fallos SL1467-2021 y SL2953-2021.*

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

Luego entonces, como en el sub lite no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, sino simplemente determinar los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, las sumas adicionales de la aseguradora, única y exclusivamente si dicho rubro se hubiere causado.”

7.4. En respuesta al segundo punto alegado por Colpensiones en su apelación, estima la Sala necesario abordar también el punto sobre la devolución de las sumas pagadas por la AFP PROTECCIÓN 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 también, 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 Régimen de Ahorro Individual 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 la AFP PROTECCIÓN S.A. 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 Protección 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 decisión SL-500-2022, 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 1994.

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.

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 accionado 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 la entidad apelante AFP PROTECCIÓN S.A., por cuanto no tuvo prosperidad su recurso de apelación.

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

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

10. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: **ADICIONAR** el **ORDINAL TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, SENTENCIA Nro. 06 de 2022, proferida el veinte (01) de febrero de dos mil veintidós (2022), por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, CAUCA, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor ÁLVARO ATEHORTÚA GIRALDO contra COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN S.A., en el sentido de ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., que proceda también a devolver y depositar a favor de COLPENSIONES los gastos de administración indexados, las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales y la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, siempre que éstas últimas se hayan 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** únicamente en costas de segunda instancia a la AFP PROTECCIÓN S.A., a favor del demandante, de conformidad con lo dicho en 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 9º 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 de voto)



Firma válida
providencia judicial

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL



Firma válida
providencia judicial

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL