

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, dos (02) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	DIEGO GERARDO LLANOS ARBOLEDA
DEMANDADO(S)	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES 2. AFP PORVENIR S.A.
RADICADO N°	19-001-31-05-002-2022-00048-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS - PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	SE ADICIONA Y ACLARA EL ORDINAL TERCERO DE LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA, <u>ÚNICAMENTE</u> CON RESPECTO AL DEMANDANTE DIEGO GERARDO LLANOS ARBOLEDA, PARA: I) ADICIONAR DENTRO DE LOS VALORES A DEVOLVER POR PORVENIR S.A. A COLPENSIONES LA INDEXACIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, LAS SUMAS DEPOSITADAS EN EL FONDO DE GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA Y LAS SUMAS PAGADAS POR LAS PÓLIZAS DE LOS SEGUROS PREVISIONALES. II) Y SE ACLARA QUE LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS ADICIONALES DE LAS ASEGURADORAS ES <u>SIEMPRE</u> QUE SE HAYAN CAUSADO. III) 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 del dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022), proferida en audiencia de oralidad de trámite y juzgamiento por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYAN (CAUCA), dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, promovido por el señor DIEGO GERARDO LLANOS ARBOLEDA.

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 del traslado y su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la AFP PORVENIR S.A, y, en consecuencia, (ii) se **DECLARE** que tiene derecho al regreso automático al régimen de prima media con prestación definida - RPMPD, administrado por COLPENSIONES; (iii) se **DECLARE** que la AFP PORVENIR S.A debe asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez; (iv) se **CONDENE** a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que haya recibido con motivo de su afiliación, como: cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos e intereses como lo dispone al artículo 1746 del C.C, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado.

(v) Se **CONDENE** a COLPENSIONES a recibir los anteriores valores una vez declarada la nulidad del traslado al RAIS; (vi) se **CONDENE** a las entidades demandadas a lo que resulte demostrado en el proceso, de conformidad con las facultades ultra y extra petita y (vii) se **CONDENE** en costas y agencias en derecho (páginas 1 a 18, 03DemandaAnexos).

Como **fundamentos fácticos** comenta, tiene 64 años y según historia laboral tiene cotizadas y reportadas a la fecha 1.240

semanas, estando pendiente ser incluidas algunas semanas laboradas en la Fiscalía General de la Nación y otras entidades particulares.

Que, se encuentra vinculado a la AFP PORVENIR S.A. en el RAIS, desde el mes de junio de 1996, pero, inicialmente se afilió al fondo de pensiones BBVA HORIZONTE, el cual se fusionó con la demandada AFP PORVENIR S.A., por lo tanto, sus aportes fueron trasladados junto con su afiliación a la última entidad (PORVENIR S.A.).

Que, al momento de su afiliación al RAIS se le informó de manera verbal de algunas condiciones favorables, pero, que, los promotores omitieron brindarle información relevante relacionada con la relatividad del monto de la pensión, que se trataba de unas condiciones posibles más no definitivas, entre otros factores.

Que, así entonces, BBVA HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., por medio de sus asesores, lo indujeron a error y lo convencieron de cambiarse de régimen, bajo la promesa de tener mayores beneficios, además, nunca recibió asesoría alguna respecto de los efectos económicos y pensionales que tendría el cambio de régimen y las consecuencias de este.

Asimismo, nunca se le entregó el texto del reglamento de funcionamiento del fondo de pensiones ni se le suministró el respectivo plan de pensiones escogido debidamente explicado; generándose un perjuicio sobre la merma del capital destinado a la financiación de su pensión de vejez, comparando el RAIS y el RPM.

Que, como consta en el Oficio No. BZ2013_5121481-148934 del 26 de julio de 2013 de Colpensiones, intentó realizar el traslado hacia dicha administradora; pero, le fue rechazada. De igual manera, solicitó a PORVENIR S.A., mediante derecho de petición del 23 de abril de 2021, se anulara el traslado de régimen pensional y que procediera con la remisión de los aportes con rendimientos a COLPENSIONES, pero, la entidad el 7 de mayo de 2021 le negó la petición.

2.2. Contestación de la AFP PORVENIR S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, la AFP PORVENIR S.A., a través de su apoderada judicial, contestó la acción y se **opuso a**

todas las pretensiones, bajo el argumento principal de que el demandante es un sujeto capaz a la luz del art. 1503 del C.C., quien conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 manifestó de forma libre y voluntaria su decisión de traslado, mediante la suscripción del formulario de vinculación dispuesto legalmente para tal fin, recibiendo una asesoría integral conforme las normas vigentes para la época y le fue informado de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional, por ello, considera que el acto de vinculación por traslado es válido por cuanto no se celebró en contra de una prohibición legal, no está inmerso en vicios del consentimiento, ni mucho menos se realizó bajo engaños, ni medio coacción alguna (01CONTESTACION DE DEMANDA DIEGO LLANOS.5, de la Carpeta #09, del cuaderno 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; (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.

2.3. Contestación de COLPENSIONES:

En ejercicio del derecho a la defensa y de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderado (01CONTESTACION DIEGO LLANOS ARBOLEDA, archivo #10, 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, teniendo en cuenta que el demandante efectuó el traslado del RPMPD al RAIS de manera libre, informada y consiente, además, el traslado no es procedente de conformidad con lo establecido en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Solicita, en el evento de declararse la nulidad y/o ineficacia del traslado, corresponde a la AFP trasladarle la totalidad de los aportes para garantizar el financiamiento de la respectiva prestación en los que se incluyan los recursos cuenta individual de ahorro.

También, que, en la parte resolutive de la sentencia en caso de declarar la ineficacia o nulidad del traslado, se ordene a la AFP PORVENIR S.A normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIFP y ordenar la devolución de aportes a COLPENSIONES con la respectiva entrega del archivo y el detalle de aportes realizados durante la vinculación con la AFP demandada.

Formuló como excepciones de fondo: (1) inexistencia de la obligación; (2) indebida interpretación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional; (3) inexistencia de vicio en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante que traiga como consecuencia la ineficacia o invalidez de la misma; (4) imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos; (5) buena fe; (6) prescripción; (7) responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de la seguridad social; (8) juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado; (9) improcedencia de la declaración de ineficacia y/o nulidad de traslado en casos en que el actor se encuentre pensionado o cumpliendo los requisitos para la obtención de la pensión; y (10) innominada o genérica.

2.4. Decisión de primera instancia:

El JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA) se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento, el 16 de septiembre de 2022, y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA**, en la cual resolvió: **i) DECLARAR** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, la INEFICACIA del traslado al RAIS que a partir del 05/06/1996 se atribuye al demandante, **(ii) (...), (iii)** Consecuencia de lo anterior, el accionante conservó su derecho a permanecer en RPM, administrado por COLPENSIONES, y en consecuencia, se **CONDENA** a PORVENIR S.A., como última administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, gastos de administración, bonos pensionales si del caso, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado; **(iv) NEGAR** la excepción de prescripción; **(v) CONDENAR** en costas a la AFP PORVENIR S.A; y **NEGAR LA CONDENAR** en costas a cargo de COLPENSIONES.

TESIS DEL JUEZ: Consideró, en este evento, ante la ausencia de prueba que acredite el cumplimiento por parte de la AFP PORVENIR S.A. de su obligación de suministrar una información clara y suficiente en el traslado al régimen de ahorro individual efectuado en su momento por el demandante, hay lugar a declarar su INEFICACIA, 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.

Expone sobre el deber de información a cargo de las AFP y su inobservancia, sus efectos, carga de la prueba y del diligenciamiento del formulario, citando el literal b) del art. 13 y art. 271 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1604 del Código Civil, así como lo correspondiente a la libre movilidad entre regímenes y la jurisprudencia de la CSJSL (SL1452-2019, SL1421-2019 y SL4875-2020, entre otras).

2.5. Recurso de apelación de PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. presenta recurso de apelación frente a la orden impartida en la sentencia de primera instancia, aduciendo que si bien por la declaratoria de ineficacia se crea la ficción jurídica de que el demandante nunca estuvo afiliado al RAIS y por lo mismo estuvo vinculado al RPM, los aportes realizados por el demandante y que deben ser trasladados a COLPENSIONES, fueron los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual y por lo tanto los rendimientos son los que se generarían en el RPM más no los que se generaron en el RAIS. Esto es, los rendimientos RICKS, rendimientos porcentuales mensuales equivalentes a la tasa anual efectiva de la reserva del ISS o de COLPENSIONES hoy en día.

Que, además, la AFP efectuó todas las expensas propias o todos los gastos a favor del afiliado en procura de que esos aportes tuvieron rendimientos, por manera que, no es equitativo ordenar la devolución de esos dineros con los rendimientos generados en el RAIS.

Que, en ese orden de ideas, es necesario considerar que **al ordenar que se restituyan los valores por cuotas de administración y comisiones se desconocen las reglas sobre las restituciones mutuas** reguladas en el artículo 1746 del Código Civil, pues, a pesar de que el fondo ejecutó cabalmente sus obligaciones y en tal virtud generó una rentabilidad a favor del demandante, aquellas

gestiones se están dejando sin su correlativa compensación a la que tiene derecho la AFP, generándose un enriquecimiento injustificado para Colpensiones. Es decir, para la AFP no es posible retrotraer los efectos de las labores de administración desarrolladas por dicha AFP y que ya se encuentran consolidadas, en tanto ello estaría afectando el equilibrio por el que se debe propender con las restituciones mutuas y desconoce que esas cotizaciones se determinan por ley para cubrir los gastos de administración.

De igual forma, **cuestiona la orden de restitución de las primas de seguros previsionales**, porque esos seguros son adquiridos por las AFP's en virtud de una obligación legal (Art.108 ley 100 de 1993), por lo tanto, la ineficacia únicamente alcanza al acto de traslado de régimen pensional y no al contrato de seguro, de tal forma que éste último durante su vigencia fue plenamente eficaz y produjo efectos, por ello, no resulta viable la devolución de ese concepto y en caso de haberse presentado algún siniestro como la invalidez o muerte el accionante se hubiera beneficiado de la cobertura ofrecida o sus mismos beneficiarios.

Además, arguye que, ni los gastos de administración, comisiones, ni el valor para cubrir la prima de seguro provisional constituyen un detrimento al patrimonio del afiliado, por cuanto el legislador impuso a las AFP la obligación consagrada en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994, precisamente con la finalidad de lograr los objetivos de salvaguardar el patrimonio del afiliado para financiar la pensión de vejez.

Finalmente, **solicita se revoque también la orden frente a la procedencia del pago de costas**, en la medida en que PORVENIR S.A. durante la afiliación y el transcurso del traslado efectuó todas sus obligaciones y todas sus labores que le son propias en el RAIS, bajo el principio de buena fe y de confianza legítima, además, en este caso se presentó propuesta conciliatoria a fin de que el accionante pudiese retornar al RPM, bajo la figura del traslado de régimen.

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 (15(1)NotaADespachoVencidoTrasladoAlegatosLlanos, cuaderno

de segunda instancia del Tribunal), se recibieron alegatos por cada una de las partes, así:

3.1. Constatado el expediente digital, **en el caso de la AFP PORVENIR, sus alegatos son extemporáneos**, como quiera el auto que corrió traslado para alegatos se profirió por el Magistrado Ponente el día 25 de octubre de 2022 (07(2)AutoCorreTrasladoAlegatos (A)) y fue notificado a través de estados electrónicos, Nro. 175, el 26 de octubre de 2022 (08(3)Estado175octubre26de2022), lo que significa que las partes apelantes tenían cinco días hábiles siguientes a dicho estado para presentar el escrito de alegatos, los cuales corrieron en los días 27, 28 y 31 de octubre, 1 y 2 de noviembre de 2022, y la AFP PORVENIR S.A. presentó sus alegatos por correo el 11 de noviembre de 2022 (13(1)RecepciónAlegatosPorvenir11Nov2022), esto es, por fuera de la oportunidad que tenía para presentarlos.

3.2. Con relación a los alegatos que en segunda instancia fueron presentados a favor de COLPENSIONES, se observa que los mismos fueron elaborados y remitidos por el Doctor ANDRÉS ALFREDO BERNAL MUÑOZ, en calidad de apoderado sustituto (Archivos #09 y 10, del Cuaderno del Tribunal), sin embargo, revisado el expediente digital, la Sala constata que, si bien el togado actuó inicialmente como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en virtud de memorial de sustitución de poder que le confiriera el doctor LUIS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO, representante legal de la sociedad ARELLANO JARAMILLO & ABOGADOS S.A.S., a quien le fue conferido poder general para actuar en defensa de los intereses de COLPENSIONES conforme escritura pública; también lo es que previo a la audiencia de primera instancia se sustituyó el poder a otro mandatario judicial, al Doctor ANDRÉS MAURICIO VARGAS GUZMÁN, a quien se le otorgó personería jurídica para actuar en favor de COLPENSIONES y viene actuando como apoderado judicial de dicha entidad, es decir, tácitamente se revocó la sustitución anterior, y, como quiera que el doctor Bernal Muñoz no es el apoderado principal, para actuar dentro del proceso, en esta instancia judicial, debía aportar un nuevo memorial de sustitución de poder que así lo acreditara y como no lo hizo, no se podrán tener en cuenta sus alegatos presentados en esta instancia.

Se advierte, la sustitución de poder al Dr. Alfredo Andrés Bernal Muñoz, que obra en el archivo #17 del Cuaderno No. 2 de segunda instancia, corresponde al poder que se aportó en su momento por Colpensiones para contestar la presente demanda y que fue

solicitado al juzgado porque no fue incluido en el expediente de primera instancia enviado a este Tribunal para desacatar el recurso de apelación y la consulta, pero, se insiste, después de que se sustituyó poder al doctor Vargas Guzmán para representar los intereses de esta entidad, no aparece nueva sustitución al abogado Bernal Muñoz.

3.3. Alegatos de la parte demandante:

El apoderado judicial del demandante presentó escrito de alegatos de manera oportuna (12(14)Alegatos2InstanciaDemandante), aduciendo que al momento de la afiliación a PORVENIR S.A. su representado no fue asesorado ni informado de forma completa, transparente, rigurosa y clara, y, que, dicha administradora no pudo demostrar el cumplimiento de sus obligaciones para que se realizara el cambio de régimen y solicita al Tribunal confirmar la sentencia proferida por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de esta ciudad.

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 del traslado de régimen pensional del demandante, el señor DIEGO GERARDO LLANOS ARBOLEDA, del RPM al RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A. (antes BBVA 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; **(iii)** la carga de la prueba en los casos de ineficacia de traslado de régimen pensional y, **(iv)** la teoría de los actos de relacionamiento.

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

Se aclara, si bien PORVENIR S.A. se queja de la orden de devolución de las primas de los seguros previsionales, esta orden no fue dispuesta en la sentencia apelada.

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.

5.4. Y, finalmente, en respuesta a otro de los temas apelados por el fondo privado de pensiones, si procede la condena en costas de primera instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. o, si, debe exonerarse de esa condena en aplicación al principio de la buena fe.

6. RESPUESTA A LA CONSULTA CON RESPECTO A LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL:

Tesis de la Sala: La Sala concluye, se debe CONFIRMAR la declaración de INEFICACIA DEL TRASLADO al RAIS, y, por ende, la decisión de permanencia del demandante DIEGO GERARDO LLANOS ARBOLEDA en el RPM administrado hoy por COLPENSIONES, contenida en la sentencia apelada, porque la administradora de pensiones primigenia AFP PORVENIR S.A., al efectuar la asesoría para el traslado en el año 1996, no logró demostrar que cumplió con el deber legal del suministro de la información al demandante, 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.

En consonancia, como lo ha adoctrinado la CSJ – SL, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el

accionante en el RAIS, aun cuando no todas participaron en el acto de afiliación inicial.

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*”.

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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

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

(... ...)

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

(... ...)

Según el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su texto original, aplicable al presente caso en tantos los hechos que lo motivan acaecieron en el año 1996 (año del traslado de régimen), el traslado entre los dos regímenes pensionales sólo se puede realizar por una sola vez cada tres (3) años contados desde la selección inicial.

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

6.5. Por medio del artículo 60 de la Ley 100/93, se regula las características del régimen pensional RAIS, y en lo que interesa, se resalta lo dispuesto en el literal c, en su versión original, atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 1996:

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

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

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

“Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación.

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

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

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

6.6. A su vez, en el artículo 72, literal f) del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF) aplicable al presente caso en su texto original, por razón del traslado en el año 1996, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

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

(... ...)

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

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

Artículo 97: Información:

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

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

Y, además, expresamente se dispone que

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

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

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

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

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

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

6.10. En cuanto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado.

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

“3.2. Excepción de saneamiento de la nulidad relativa.

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

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

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

(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el

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

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

6.11. Ahora, en casos como el presente, donde el actor ha estado afiliado a varias administradoras del régimen de ahorro individual, la CSJ, en su Sala Laboral, abordando esa temática, por ejemplo, en sentencia del 29 de julio de 2020, SL2877-2020, radicación n° 78667, dijo lo siguiente:

“...los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.”

En palabras de la Corte, “la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen”. (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

6.12. 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:

6.12.1. Revisado el expediente administrativo enviado por Colpensiones, en el archivo #16, Carpeta EA 2, GRP-SCH-HL-66554443332211_2265-20220516103843, de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas en pensiones por el señor Diego Gerardo Llanos Arboleda, del 16 de mayo de 2022, el demandante estuvo afiliado al ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 31/08/1978, y cotizó 157,29 semanas.

6.12.2. Según el formulario de solicitud de vinculación a PORVENIR S.A., Nro. 00741308, visible en la página 1, archivo ANT Diego Gerardo Llanos Arboleda CC 10537204 'FORMULARIO AFILIACIÓN', el demandante presentó la solicitud de vinculación al RAIS el 05 de junio de 1996.

Este formulario tiene la firma del señor DIEGO GERARDO LLANOS ARBOLEDA, 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 20 de mayo de 2022, por parte del Gerente de Clientes de Porvenir S.A., la afiliación del actor data del 05 de junio de 1996².

De acuerdo con la historia laboral consolidada en pensiones de la AFP PORVENIR S.A., actualizada al 18/12/2020, aportada con los anexos de la contestación de la demanda por parte de la AFP PORVENIR S.A, se prueba la afiliación actual del señor DIEGO GERARDO LLANOS ARBOLEDA a dicho régimen, con un total de 1.258 semanas cotizadas en toda su vida laboral, de las cuales 340.1 son válidas para bono o le registran en el sistema de bonos pensionales; y 917.8 semanas fueron cotizadas a ese fondo privado de pensiones, y otras 28.4 semanas están pendientes por confirmar (ANT Diego Gerardo Arboleda CC 10537204 'HL CONSOLIDADA RAIS', Carpeta 09Contestación Porvenir, cuaderno digital de primera instancia).

Esas semanas en el sistema de bonos datan desde el 12/07/1983 hasta el 31/03/1994, como vinculado a la cámara de

² ANT Diego Gerardo Llanos Arboleda CC 10537204 'CERTIFICADO AFILIACIÓN' (1), Carpeta 09, Cuaderno de Primera Instancia.

representantes, el Departamento del Cauca y otras entidades públicas y privadas; y así se corrobora en la información sobre bonos pensionales de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público³.

El traslado al RAIS está VIGENTE, según relación histórica de movimientos de Porvenir S.A. (ANT Diego Gerardo Arboleda CC 10537204 ‘MOVIMIENTOS CUENTA’, Carpeta 09Contestación Porvenir, ídem).

6.12.3. Revisado el expediente digital, se aportan dos formularios de solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias y al fondo de cesantías de BBVA HORIZONTE, Nro. 2003-2162116, visibles en las páginas 4 y 6 del archivo ANT Diego Gerardo Llanos Arboleda CC 10537204 'FORMULARIO AFILIACIÓN'⁴, donde el demandante escogió a este fondo como sociedad que debe administrar sus cesantías y también como **traslado de AFP, en fecha 15 abril de 2004**. Este formulario tiene la firma del señor LLANOS ARBOLEDA, demandante, en la casilla correspondiente.

6.12.4. Los traslados dentro del RAIS se constatan en el certificado de Asofondos, donde se registra el historial de vinculaciones del demandante⁵, así:

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 5:11:03 PM

Afiliado: CC 10537204 DIEGO GERARDO LLANOS ARBOLEDA [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 10537204							
<u>Tipo de vinculación</u>	<u>Fecha de solicitud</u>	<u>Fecha de proceso</u>	<u>AFP destino</u>	<u>AFP origen</u>	<u>AFP origen antes de reconstrucción</u>	<u>Fecha inicio de efectividad</u>	<u>Fecha fin de efectividad</u>
Vinculación inicial	1996-06-05	2004/04/16	PORVENIR			1996-06-05	2004-05-31
Traslado de AFP	2004-04-15	2004/05/18	HORIZONTE	PORVENIR		2004-06-01	2013-12-31
Cesion por fusión	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 10537204						
<u>Fecha de novedad</u>	<u>Fecha de proceso</u>	<u>Código de novedad</u>	<u>Descripción</u>	<u>AFP</u>	<u>AFP involucrada</u>	
1996-06-05	1996-10-23	01	AFILIACION	PORVENIR		

Un ítem encontrado.

1

Como vemos y así lo acepta la AFP PORVENIR al contestar la acción, al pronunciarse al hecho 5° de la demanda, a partir del 01 de enero de 2014 la AFP PORVENIR S.A. asumió por cesión los

³ ANT Diego Gerardo Llanos Arboleda CC 10537204 'BONO'.
⁴ Cuaderno de primera instancia.
⁵ ANT Diego Gerardo Llanos Arboleda CC 10537204 'VINCULACIÓN SIAFP', Carpeta 09, Cuaderno de Primera Instancia.

afiliados de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, por lo que, si bien hubo una afiliación inicial a la AFP PORVENIR S.A. y luego un traslado de AFP de PORVENIR a HORIZONTE, por la cesión por fusión entre las dos entidades el actor ahora se encuentra en PORVENIR S.A.

6.12.5. Por último, aparece prueba de que el actor intentó, mediante derecho de petición, el traslado al RPM y la nulidad del traslado de régimen pensional ante PORVENIR S.A., con resultados negativos (Ver, páginas 64 a 71, de los anexos a la demanda, archivo #3).

6.12.6. En cuanto al interrogatorio de parte al demandante, récord 35:26 a 44:40, del audio de la audiencia de primera instancia, el señor Diego Gerardo Llanos Arboleda refirió que cuando inició su vida laboral en la COOPERATIVA DE CAFICULTORES DEL CAUCA estuvo afiliado al ISS, con posterioridad, su segundo cargo fue en el Congreso de la República y estuvo afiliado a la Caja de Previsión de dicha Corporación, que, luego fue secretario privado de la Alcaldía y estuvo afiliado a la Caja de Previsión Municipal de Popayán, y así sucesivamente explicó cada uno de sus cargos y su afiliación a otras cajas de previsión que ya desaparecieron.

Dijo que, cuando se traslada Horizonte y luego a Porvenir no fue advertido de las ventajas o desventajas de cada uno de los regímenes por parte de los asesores de dichos fondos.

Cuando se le pregunta ¿En su condición de abogado sabía como funcionaba el sistema pensional en Colombia? Respondió *“totalmente desconocía el tema”*.

Además, indicó el interrogado que en ninguna de las dos entidades demandadas ha presentado solicitud de reconocimiento pensional.

CONCLUSIONES

1. Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados, la Sala llega a la convicción de que el actor sí estaba afiliado al RPM administrado por el ISS, al momento en que se produjo el traslado al RAIS, tal cual lo enseña la historia

laboral consolidada de la AFP PORVENIR y la información que arroja la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, donde se evidencia claramente que el señor DIEGO GERARDO LLANOS ARBOLEDA reporta afiliación inicial al RPM, desde el 12/07/1983, por parte del empleador CÁMARA DE REPRESENTANTES Y OTROS, con un total de 340.1 semanas.

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 el fondo de pensiones AFP PORVENIR S.A., con quien el demandante realizó el traslado del RPM al RAIS, no logró demostrar en el proceso que en el año 1996, le hubiese dado a conocer a aquel 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, los factores que inciden en el monto de la pensión; la persona tiene una información precisa, con la cual puede deducir si acepta, o no, el traslado.

Este deber de información clara y completa de los dos regímenes, sí estaba vigente para la fecha del traslado, en el año 1996, cuando se dio la afiliación efectiva a PORVENIR S.A., acorde con la interpretación sistemática del literal b) del artículo 13, en conjunto con el artículo 271, ambos de la Ley 100 de 1993; en consonancia con los artículos 72, literal f) y numeral 1, del artículo 97, ambos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Además, que, la sola manifestación preimpresa en el formulario de traslado no hace cumplir con el requisito legal del deber de información, pues claro está que la sola firma no constituye un pleno conocimiento ni una voluntad libre, pues es un deber legal y constitucional por parte de las entidades, que desde el momento de la posible afiliación se debe dar una información completa clara, comprensible y veraz sobre los Pro y los contras, de la afiliación de un régimen a otro.

En ese orden de ideas, la consecuencia jurídica de esta conducta procesal omisiva de la pasiva AFP PORVENIR S.A., debidamente

probada, no es otra que 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.

3. Ahora, si bien el demandante efectuó un traslado dentro del RAIS, de PORVENIR S.A. a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, y, luego, en virtud de una cesión por fusión entre las dos entidades, el actor retornó a Porvenir S.A., el mismo no convalida la decisión de cambio de régimen, ya que, la inscripción en ese esquema pensional es una sola, y, por lo tanto, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, no todas participaron en el acto de afiliación inicial.

Además, que, si bien el traslado final del demandante a PORVENIR S.A. operó automáticamente por la fusión entre HORIZONTE y PORVENIR, no logró probar esta última el cumplimiento del deber de información que le asistía para convalidar la afiliación de su afiliado. Tampoco constituyen indicios serios de la validez del traslado, el hecho de permanecer en el RAIS por el tiempo en que se ha mantenido en este, haber recibido extractos de la cuenta bancaria sin presentar observaciones o ausencias de queja y no efectuar el derecho a retractarse dentro de los plazos.

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

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, atendiendo a las condenas proferidas en contra del fondo privado accionado, debe trasladar todos los dineros a Colpensiones, con los cuales procederá a financiar el 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).

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

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

En reciente decisión SL563-2023, la CSJ-SL, Sala de Descongestión Nro. 02, recordó que es inadecuado encontrar saneada la omisión endilgada en los actos de relacionamiento (CSJ SL1561-2022) o por el desinterés del potencial afiliado en conocer más datos sobre el sistema o en el grado de instrucción de este (CSJ SL3349-2021).

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

7. Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la decisión de declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, proferida en la sentencia de primera instancia.

En ese orden de ideas, al declararse la ineficacia de traslado de régimen pensional, el demandante debe retornar al RPM con prestación definida al cual estaba inscrito desde el año de 1983, 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 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.

A falta de apelación, en sede de consulta se confirma (i) la devolución de los valores por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, pero, aclarando que sólo procede en el evento en que se hayan causado; (ii) al igual que los bonos pensionales que hubiese recibido Porvenir.

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

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

7.1. En relación con la devolución de 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 exime tal devolución, la Sala no avala tal pedimento, por las siguientes razones:

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

*“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. **Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga [a] las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones** (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”. (Negrilla fuera del texto original).*

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

“También se ha dicho por la Sala que una vez se declara la ineficacia, debe la administradora de pensiones trasladar a Colpensiones, en este caso Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías, además del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración debidamente indexados, puesto que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite

el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

Por lo expuesto, se confirma la decisión de primera instancia, adicionando en sede de consulta – a favor de COLPENSIONES- la indexación de los valores descontados por los gastos de administración, con el fin de que conserven su valor actualizado al momento de su devolución.

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

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

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-.

En respuesta al punto alegado en la apelación, de que los rendimientos a devolver sean los que se hubieran generado en el RPM, más no los que se generaron en el RAIS, la Sala no está de acuerdo, porque, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, del RPM al RAIS, conlleva restituir las cosas al estado en que se hallarían de no haber celebrado el traslado que se declara ineficaz (*vuelta al statu quo ante*), esto es, retrotraer la actuación al estado anterior a la afiliación a ese régimen, lo que significa que la AFP PORVENIR S.A. debe devolver los aportes que reposen en la cuenta de ahorro individual del afiliado y sus rendimientos 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, y pertenecen al afiliado.

Así, la declaratoria de ineficacia conlleva, entonces, a la devolución con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual y que ordenó el Juez, más los valores que esta Sala de Tribunal adicionará en virtud del precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la CSJ, con valor de doctrina probable.

7.2. En cuanto a las sumas por concepto de la cotización destinada a la garantía de pensión mínima: La Sala estima procedente en sede de consulta adicionar la decisión de que PORVENIR S.A. proceda a su devolución, como quiera que dicha garantía se financia con el 1.5% de la cotización obligatoria que mes a mes debe realizar el afiliado al RAIS y que en virtud de la declaratoria de ineficacia y la figura de las restituciones mutuas, debe retornar íntegra al RPM (Se puede consultar, entre otras, la decisión SL563-2023).

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

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

7.3. En relación con la **devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras**, analizado el tema en sede de consulta, se aclarará la decisión de primera instancia, ya que, si bien ordenó la devolución de tal concepto, se debe precisar que tal devolución sólo resulta procedente, siempre que se hayan causado, conforme se expuso por esta Sala en anteriores casos, entre otros, en el proceso ordinario laboral con radicado 2021-00006: *“La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 08 de septiembre de 2008, radicación No. 31989, consideró que **es procedente la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora**. Lo anterior, ha sido ratificado en providencias SL2611-2020, SL4863-2021 y SL2601-2021. Asimismo, lo determinó en sede de instancia y en sus partes resolutivas en fallos SL1467-2021 y SL2953-2021.*

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

Luego entonces, como en el sub lite no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, sino simplemente determinar los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, las sumas adicionales de la aseguradora, única y exclusivamente si dicho rubro se hubiere causado.” (Ver, también, providencia SL563-2023, de la CSJ-SL, Sala de Descongestión Nro. 02).

7.4. También estima la Sala necesario abordar el punto sobre la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR para la adquisición de los seguros previsionales, ya que son valores que hacen parte de la cotización y su devolución surge dentro de los efectos de la inexistencia del traslado, como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, y por eso es que la Corte Suprema de Justicia a lo largo de su jurisprudencia ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la inexistencia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

Y es que igualmente no se considera procedente que, para resolver la relación jurídica entre el afiliado y las administradoras vía ineficacia del traslado, se pueda echar mano a la validez de un contrato de seguro con un tercero, que es una relación jurídica ajena al proceso, de la cuál si surgiere algún derecho u obligación, debería resolverse en proceso aparte entre las partes interesadas. Lo anterior, porque, el valor de las pólizas de seguro se saca del 3% de la cotización, destinado para el pago de las mismas y los gastos de administración, pero nunca de la cuenta individual del afiliado y conforme lo dispone el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS comprende el conjunto de entidades, normas y procedimientos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, los cuales están a cargo de Porvenir independientemente de cómo se financien, que en el caso de la

pensión de sobrevivientes y de invalidez, se financian con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional, el bono pensional (si a ello hubiere lugar) y la suma adicional, que estará a cargo de la aseguradora.

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

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

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

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verifica si procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha del traslado y la presentación de la demanda, transcurrió más de 20 años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 1996.

La Sala niega la declaración de la excepción de prescripción, como quiera, que en este caso no se declara la nulidad, sino la ineficacia del acto de traslado al RAIS, que también se enmarca en lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que los hechos aquí acreditados en cuanto a la

materialización de un traslado carente de voluntad y consentimiento del afiliado comportan una transgresión a los derechos a la seguridad social y libre escogencia de régimen de la actora.

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

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

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

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

9. SOBRE LA IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS A CARGO DE LA AFP PORVENIR S.A. EN PRIMERA INSTANCIA

La respuesta de la Sala a esta petición es negativa, por las siguientes razones:

El artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable a los procesos laborales por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la S.S., establece que las costas que se causan “*en los procesos y en las actuaciones posteriores a aquéllos*

en que haya controversia”, estará a cargo de la parte vencida en el proceso, o de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.

Atendiendo a la regla anterior, el pago de las costas procede contra la parte vencida en el proceso, sin que la norma establezca ningún parámetro adicional, esto es, para definir a cargo de quién corre el pago de tales erogaciones se requiere establecer si se trata de la persona que ha sido vencida en juicio y si las pretensiones prosperaron total o parcialmente; de ahí que, esa condena no se funde en un criterio subjetivo o valorativo de la conducta de las partes.

Por lo tanto, como la AFP PORVENIR S.A. fue vencida en este juicio y fue la entidad que provocó la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, del RPM al RAIS, atendiendo la falta de cumplimiento de sus obligaciones legales sobre el deber de información para con su pretendiente afiliado, no hay lugar a su exoneración.

10. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

En aplicación del numeral 1° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, procede la condena en costas en esta instancia, a cargo de la entidad apelante y demandada AFP PORVENIR S.A., por cuanto no tuvo prosperidad sus recursos de apelación y el Magistrado Ponente fijará las agencias en derecho, en la oportunidad procesal.

11. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y ACLARAR el **ORDINAL TERCEERO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, proferida el dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022), en primera instancia, por el JUZGADO

SEGUNDO LABORAL DE POPAYÁN (CAUCA), únicamente respecto del proceso ordinario laboral promovido por el señor **DIEGO GERARDO LLANOS ARBOLEDA** contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., **para adicionar dentro de los valores a devolver por la AFP PORVENIR S.A. a COLPENSIONES:** (i) la indexación de los gastos de administración, (ii) las sumas depositadas en el fondo de garantía de pensión mínima, (iii) las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales y (iv) se aclara que la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras es única y exclusivamente si dicho rubro se hubiere causado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

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

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

Los Magistrados,


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


Firma válida
providencia judicial
CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL


Firma válida
providencia judicial
CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO

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

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

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

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

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


LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL