

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, ocho (08) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JOSÉ ALIRIO COBO LEMOS
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. 2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - AFP PORVENIR S.A.
RADICADO N°	19-001-31-05-002-2021-00153-01
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 JOSÉ ALIRIO COBO LEMOS, para adicionar dentro de los valores a devolver por PORVENIR S.A. a COLPENSIONES la indexación de los gastos de administración, las sumas depositadas en el fondo de garantía de pensión mínima y las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales y, se aclara que la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras es <u>siempre</u> que se hayan causado. EN LO DEMÁS, SE CONFIRMA.

1. ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, la Sala Laboral, integrada por los

Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado Ponente, procede a proferir sentencia escrita que resuelve los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados judiciales de las partes demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES; y el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, únicamente a favor de la entidad pública demandada COLPENSIONES, contra la sentencia del diez (10) de agosto de dos mil veintidós (2022), en primera instancia, proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DE 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) se declare la nulidad de la afiliación y/o traslado** realizado a la AFP PORVENIR S.A., por vicios en el consentimiento y falta de orientación con relación a la afiliación al RAIS y, en consecuencia, **(ii) se declare** que no estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad; **(iii) se declare** que tiene derecho al regreso al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones; **(iv) se condene a PORVENIR S.A.** a trasladar a Colpensiones todos los valores que haya recibido con motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos, rendimientos e intereses causados; **(v) se declare** cualquier derecho a su favor que fuera debatido y probado en el proceso de conformidad con las facultades extra y ultra petita; **(vi) se condene** en costas y agencias en derecho como consecuencia del trámite del presente proceso (03Demanda, expediente digital primera instancia).

Como **fundamentos fácticos**, el Sr. José Alirio Cobo Lemos sostuvo que ha laborado con diferentes empleadores y empezó a cotizar para pensión en el RPMPD desde el 18 de marzo de 1987, hasta el 30 de noviembre de 1995, contando con 446,43 semanas cotizadas en dicho régimen.

Que, en el mes de diciembre de 1995, a raíz de una visita realizada por promotores de PORVENIR S.A., verbalmente le ofertaron unas condiciones presuntamente más favorables para obtener su pensión de vejez y se afilió a dicho fondo, pero omitieron brindar toda la información relevante relacionada con la relatividad y monto de la pensión, faltando al principio de la verdad e induciéndolo a error para trasladarse al RAIS.

Por último, señaló que el 12 de abril de 2021 presentó ante COLPENSIONES una reclamación administrativa solicitando regresar a esa administradora, pero, obtuvo respuesta negativa. De igual manera presentó una reclamación ante PORVENIR sin respuesta a la fecha.

2.2. Contestación por PORVENIR S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, la AFP PORVENIR S.A., a través de su apoderada judicial, contestó la acción y se **opuso a todas las pretensiones**, bajo el argumento que el traslado del actor estuvo precedido de una asesoría integral respecto de las ventajas y desventajas del RAIS y del RPMPD, por lo que no puede tildarse de falsa o engañosa la manifestación del asesor del RAIS (13 Contestacion Porvenir).

Alegó que el demandante es una persona capaz a la luz del artículo 1503 del C.C., quien conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 manifestó de forma libre y voluntaria su decisión de traslado, mediante la suscripción del formulario de vinculación dispuesto legalmente para tal fin, recibiendo una asesoría integral conforme las normas vigentes para la época, sin coacción, por lo que señala que el acto de vinculación es válido al no estar inmerso en vicios del consentimiento.

Sostuvo, además, que la teoría de “*la inversión de la carga de la prueba*” que se pretende imponer en situaciones que tuvieron ocurrencia hace más de 18 años atrás, no resiste un análisis ponderado y serio, toda vez que ésta en principio incumbe al demandante y considera inaplicable el precedente judicial en materia de nulidades.

Propuso como excepciones de mérito: (1) prescripción, (2) prohibición legal de aplicar retroactivamente la ley, (3) principio de confianza legítima, (4) falta de causa para pedir e inexistencia de

las obligaciones demandadas, (5) buena fe, (6) inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, (7) prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, (8) innominada o genérica, (9) inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, y (10) debida entrega de información por parte del fondo.

2.3. Contestación por COLPENSIONES:

En ejercicio del derecho de contradicción y a la defensa, el apoderado judicial de la demandada COLPENSIONES contestó la demanda (27ContestacionCOLPENSIONES) y luego de responder a cada uno de los hechos se **opuso a las pretensiones de la demanda**, como quiera que el traslado del RPMPD al RAIS lo realizó el demandante de manera libre, informada y consciente. Además, dijo que, el deber de información que tienen las administradoras de pensiones ha tenido varias etapas y para el momento del traslado correspondía lo preceptuado en el Decreto 663 de 1993. Así las cosas, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría debe ser valorado bajo esa normatividad.

Agregó que, los afiliados al Sistema General de Pensiones solo podrán trasladarse de régimen cuando hayan permanecido como mínimo 5 años en el mismo, y no le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le da derecho a la pensión, y, por lo tanto, no es procedente el traslado de régimen pensional de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de fondo: (1) inexistencia de la obligación, (2) indebida interpretación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional, (3) inexistencia de vicio en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante que traiga como consecuencia la ineficacia o invalidez de la misma, (4) imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos, (5) buena fe, (6) la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, (7) prescripción, (8) responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, (9) juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado, (10) improcedencia del cobro de costas a Colpensiones, (11)

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 (12) innominada o genérica.

En caso de accederse a las pretensiones, solicitó se ordene: 1. La AFP PORVENIR S.A normalice la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIFP (Anulación a través de Mantis) y 2. La devolución de sus aportes a COLPENSIONES, con la respectiva entrega del archivo y el detalle de aportes realizados durante la vinculación con la AFP demandada.

2.4. Decisión de primera instancia:

El **JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, (CAUCA)** se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el diez (10) de agosto del año dos mil veintidós (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 régimen de ahorro individual con solidaridad que a partir del 01/06/1996 se atribuye al señor José Alirio Cobo Lemos, a través de la AFP PORVENIR S.A, ante la ausencia de un consentimiento libre, voluntario e informado en la escogencia del régimen de ahorro individual; **(ii)** declarar que el demandante conserva su derecho a permanecer en el régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones y en consecuencia, **(iii) CONDENA a PORVENIR S.A.** como última administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, gastos de administración, bonos pensionales si es del caso, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado, atendiendo la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en este aspecto y dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 7 del CGP. Y se dispone que estos valores deberán ser recibidos por COLPENSIONES en razón a la ineficacia que se declara; **(iv)** niega la excepción de prescripción, y **(v)** condena en cosas a Porvenir.

TESIS DEL JUEZ: Consideró, en este evento, ante la ausencia de prueba en el cumplimiento de la obligación de 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, 1604 del código civil, numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, 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 Porvenir S.A., en lo que respecta al señor JOSÉ ALIRIO COBO LEMOS, demandante en este asunto, presenta recurso de apelación frente a la sentencia emitida en primera instancia, considerando que con **la orden de restituir los valores cobrados a título de cuotas de administración** se están desconociendo las reglas existentes en materia de restituciones mutuas del artículo 1746 del Código Civil, pues, a pesar de que la AFP ejecutó cabalmente sus obligaciones y en tal virtud generó una rentabilidad a favor del afiliado, aquellas gestiones se están dejando sin la correlativa compensación. Que, es imposible retrotraer los efectos de las labores de administración desarrolladas por la AFP porque estamos en presencia de hechos consolidados. Y, por consiguiente, con dicha devolución se estaría quebrantando el equilibrio por el que deben propender las restituciones mutuas.

Arguye, por otro lado, que el porcentaje de cotización ha sido determinado por el legislador como una obligación a cargo de las AFP (art. 20, Ley 100/1993) y pueden ser consideradas como expensas necesarias en las que necesariamente estaba llamada a incurrir Porvenir.

Dice que NO es posible tampoco que se pretenda que Porvenir S.A. devuelva lo correspondiente a las primas de seguros provisionales, teniendo en cuenta que es un contrato de tracto sucesivo que ya produjo sus efectos y del cual se benefició en su momento el accionante, siendo que además es una obligación legal

impuesta y que fueron entregados a las aseguradoras y no se encuentran en poder de la AFP, siendo destinadas al cubrimiento de los riesgos asegurados de la invalidez o de la muerte.

Así las cosas, solicitó se revoque la orden emitida de primera instancia en cuanto se refiere a la devolución de gastos de administración y primas de seguro.

2.5.1. Recurso de apelación de COLPENSIONES:

El apoderado de COLPENSIONES presenta recurso de apelación frente a la sentencia dictada en primera instancia y argumenta que la vinculación al régimen de ahorro individual se realiza en ejercicio de la voluntad de forma libre, consciente, sin ningún tipo de injerencia.

Así mismo, no se configuran los elementos que puedan demostrar que PORVENIR no dio una debida información, ya que suministró la información conforme lo establecido en la norma vigente al momento de realizarse el traslado (Decreto 663/1993); además que, a pesar de que el demandante es afiliado “lego”, al no ser abogado, sí tiene la capacidad de entender los contratos que suscribe.

Afirma, la Corte ha señalado que existen ciertos comportamientos y actividades que muestran el compromiso de los afiliados de permanecer en el régimen pensional, como el tiempo de permanencia en el régimen de ahorro individual y, además, se genera una afectación al sistema pensional por cuanto nadie puede verse subsidiado a costa de los recursos ahorrados de los demás afiliados.

Bajo los argumentos anteriores, solicita se revoque la decisión tomada en primera instancia.

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con la nota secretarial suscrita por el secretario de esta Sala (archivo #15, cuaderno de segunda instancia, del Tribunal) se recibieron alegatos por parte de la apoderada del

demandante y de los apoderados de ambas entidades demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.

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 08 de septiembre de 2022 (07(2)AutoTrasladoAlegatosTérminoNoComún) y fue notificado a través de estados electrónicos, Nro. 146, el 09 de septiembre de 2022 (08(2)Estado146septiembre09de2022), lo que significa que las partes apelantes tenían cinco días hábiles siguientes a dicho estado para presentar el escrito de alegatos, los cuales corrieron del 12 al 16 de septiembre de 2022, y la AFP PORVENIR S.A. presentó sus alegatos por correo el 19 de septiembre de 2022 (13(1)CorreoRemiteAlegatosPorvenir), esto es, por fuera de la oportunidad que tenía para presentarlos y, por lo tanto, no se tendrán en cuenta.

3.1. Alegatos de la parte demandante:

La apoderada del demandante reitera de manera breve los hechos que dieron lugar al proceso y solicita se confirme la providencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, calendada el diez (10) de agosto de 2022, con fundamento en la amplia Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ha reconocido la existencia de la aplicabilidad y existencia del error de hecho y ha declarado la procedencia de la nulidad y vinculación al RAIS, en casos en los cuales las administradoras de fondos de pensiones privados al ofrecer sus productos y/o servicios omiten suministrar al consumidor los pros y los contras, las desventajas y condiciones a las cuales estará sometido el capital destinado a financiar el monto de su pensión, además de establecer bajo a inversión de la carga de la prueba que es responsabilidad de la AFP demostrar haber suministrado dicha información. Como sustento de lo alegado, transcribe varios apartes jurisprudenciales de la CSJSL (10(5)AlegatosDemandante).

3.2. Alegatos de Colpensiones:

El apoderado judicial de Colpensiones argumenta, en cuanto a la selección de régimen, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien expresa su consentimiento al momento de vinculación o traslado, como ocurrió en este asunto, Que, 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; y, que, en ese sentido, no puede considerarse a todos los afiliados como una parte débil e indefensa (12(8)AlegatosColpensiones).

Alega, es desproporcionado imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época y dejar toda la labor probatoria en manos únicamente de la AFP, ya que la misma ley previó distintos deberes en cabeza de los demandantes con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera. Adicionalmente que la Corte Constitucional ha indicado, en este sentido y en diversas providencias que nadie puede alegar su propia culpa a favor.

Finalmente, menciona que la Corte razonó que no es posible revertir efectos económicos como el deterioro que sufre el capital que ya ha sido objeto de pago a través de mecanismos de financiación como los bonos pensionales y las cuotas partes de entidades contribuyentes, como consecuencia ineludible del pago de mesadas pensionales, por lo que forzar a través de una ficción jurídica la vuelta al estado anterior en que se encontraba las cosas, va en detrimento de los recursos de la Seguridad Social, bien sea que provengan de la Nación y/o demás entidades que deben contribuir al financiamiento del pasivo pensional. Por todo lo anterior, solicita se declaren probadas las excepciones de fondo propuestas con la contestación de la demanda y se revoque la sentencia, se dé por terminado el proceso y se condene a la contraparte en costas.

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

COMPETENCIA: En virtud de que la providencia de primera instancia fue apelada por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, quienes integran la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del CPTSS, modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, esta Sala de Tribunal es competente para resolver el asunto en cuestión.

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

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

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

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

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

5. ASUNTOS POR RESOLVER

Acorde con los recursos de apelación y para responder al grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala Laboral resuelve los siguientes problemas jurídicos, los cuales se rigen por el **PRINCIPIO DE CONSONANCIA** que gobierna la segunda instancia, por lo que, de entrada, hay que señalar que, no obstante los alegatos de conclusión constituyen la oportunidad procesal otorgada a las partes para que, si a bien lo tienen, manifiesten sus impresiones respecto de lo ocurrido en el trasegar de la instancia correspondiente, con ellos no se abre la posibilidad a las partes para adicionar o variar los cargos de la demanda o los fundamentos de la apelación.

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

5.1. Para dar respuesta al recurso de apelación por parte de COLPENSIONES:

¿Procede la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante JOSÉ ALIRIO COBO LEMOS, del RPM al RAIS?

Como asuntos asociados, se analizan los temas de: **(i)** el principio de la sostenibilidad financiera, **(ii)** el deber de información a cargo de las administradoras de fondo de pensiones y desde cuándo existe ese deber; **(iii)** la carga de la prueba en los casos de ineficacia

de traslado de régimen pensional y, **(iv)** la teoría de los actos de relacionamiento.

5.2. De ser procedente la declaración de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, en respuesta 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 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?

5.3. 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 todo caso, en virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES y como se ha hecho en otros casos similares por esta Sala, se estudiará:

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

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

6. RESPUESTA AL RECURSO DE APELACIÓN DE COLPENSIONES 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, del RPM al RAIS, y, por ende, la decisión de permanencia del demandante en el RPM administrado hoy por COLPENSIONES, contenida en la sentencia apelada y consultada, porque la administradora de pensiones PORVENIR S.A. al efectuar la asesoría para el traslado, 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 acarrearía el cambio de

régimen pensional, al cual estaba obligada en el momento del traslado.

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas jurídicas y fácticas:

6.1. El legislador, en ejercicio de su potestad de configuración y en desarrollo del artículo 48 de la Carta, por medio del artículo 12 de la Ley 100 de 1993, diseñó un sistema de seguridad social en pensiones tendiente a brindar protección a todos sus afiliados y a su grupo familiar ante las contingencias de invalidez, vejez o muerte, a través de dos regímenes excluyentes, regidos por el principio de la solidaridad:

- (i) *El régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones.*
- (ii) *El sistema de ahorro individual con solidaridad, bajo la tutela de las Administradoras de pensiones privadas.*

6.2. Según el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 el régimen solidario de prima media con prestación definida es *“aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas”*.

En este régimen, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen *“un fondo común de naturaleza pública”* que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley¹. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

6.3. De conformidad con el inciso primero del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el régimen de ahorro individual con solidaridad *“es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados*

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”.

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

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

(... ...)

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

(... ...)

Según el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su texto original, aplicable al presente caso 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.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 en la número SL610-2023.

6.11. HECHOS PROBADOS RELEVANTES:

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

6.11.1. El demandante se afilió a PORVENIR S.A. mediante formulario Nro. 00724821 (poco legible), diligenciado el 23 de abril de 1996 (18Formulario afiliación CC 10546484, del expediente 1ª instancia).

Este formulario tiene la firma del señor JOSÉ ALIRIO COBO LEMOS, demandante, en la casilla correspondiente, con la constancia de que se realiza en forma libre, espontánea y sin presiones.

Lo anterior se reafirma con el certificado expedido el 23 de noviembre de 2021, por parte del Gerente de Clientes de Porvenir S.A., donde se hace constar que **“JOSÉ ALIRIO COBO LEMOS, identificado(a) con Cédula de Ciudadanía 10.546.484, se encuentra afiliado(a) al Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir desde el 01 de junio de 1996”** (16Certificado afiliación CC 10546484).

6.11.2. De acuerdo con la historia laboral consolidada en pensiones de la AFP PORVENIR S.A., actualizada al 21/12/2020, aportada con la contestación de dicho fondo, se prueba la afiliación actual del señor JOSÉ ALIRIO COBO LEMOS a dicho régimen, con un total de 1.742 semanas cotizadas en toda su vida laboral, de las cuales 446,8 son válidas para bono o le registran en el sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda (OBP), entre el 18/03/1987 y el 09/11/1995; y 1295,8 semanas fueron cotizadas a Porvenir S.A. a favor del actor (22Historia laboral RAIS CC 10546484).

El traslado al RAIS está VIGENTE, según relación histórica de movimientos de Porvenir S.A. (23Informe movimiento cuenta CC 10546484).

El traslado del RPM al RAIS se constata mediante Certificación de ASOFONDOS, ubicado en el archivo 24Vinculaciones CC 10546484, así:

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 3:27:47 PM
Afiliado: CC 10546484 JOSE ALIRIO COBO LEMOS [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 10546484							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1996-04-23	2004/04/16	PORVENIR COLPENSIONES			1996-06-01	

Un item encontrado.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 10546484

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1996-04-23	1996-09-11	01	AFLIACION	PORVENIR	

Un item encontrado.
1

6.11.3. Del examen de los anexos a la demanda (pág.6 y 7, 04AnexosDemanda) se constata que el señor JOSÉ ALIRIO COBO LEMOS estuvo afiliado al RÉGIMEN PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA a través del ISS (hoy COLPENSIONES) desde el 18/03/1987 y cotizó en dicho régimen un total de 446,43, entre la data anterior y el 29/02/1996.

6.11.4. No se discute, y así se probó, que el demandante presentó ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES solicitud la nulidad de su traslado de régimen pensional, la cual fue negada mediante oficio del 12 de abril de 2021 (pág.26 a 28, del archivo: 04AnexosDemanda); y de similar manera elevó solicitud ante la AFP Porvenir, obteniendo

respuesta negativa (19Respuesta solicitud información CC 10546484).

CONCLUSIONES:

1. Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados y las contestaciones de la demanda, aparece debidamente probado, en el momento del traslado al RAIS el 01/06/1996, JOSÉ ALIRIO COBO LEMOS presentaba afiliación inicial al régimen de prima media administrado por el ISS, hoy Colpensiones.

2. Por otra parte, del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados con la demanda y su contestación, esta Sala advierte que la pasiva PORVENIR S.A., estando obligada, no demostró en el proceso que en el año 1996 cuando el demandante suscribió solicitud de traslado, le hubiese dado a conocer al señor JOSÉ ALIRIO COBO LEMOS en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, de las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, y con tal conducta procesal, cabe predicar que la demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable; ya que si se le explica desde el principio el manejo de la cuenta individual, que los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado y los factores que inciden en el monto de la pensión; la persona tiene una información precisa, con la cual puede deducir si acepta o no el traslado.

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

3. La consecuencia jurídica de la falta de prueba del cumplimiento de este deber legal de la entrega de la debida información, es la prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sobre la INEFICACIA JURÍDICA DEL ACTO O NEGOCIO DEL TRASLADO

DEL RPM AL RAIS, tal cual lo tiene decantado la CSJ-SL en las providencias transcritas.

La Sala reitera, con la sola firma del formulario, como ocurre en este caso, no se prueba la elección libre y voluntaria del traslado, dado que, como lo ha sostenido la CSSJL, ese formulario preimpreso sólo acredita un consentimiento, pero no informado. Por manera que no basta adherirse a una cláusula genérica, sino que se debe demostrar por el fondo privado que al afiliado se le dieron a conocer todos los elementos definitorios de los dos regímenes pensionales y que tuvo pleno conocimiento de la trascendencia de la decisión que estaba tomando, lo cual se echa de menos en el caso del actor.

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

4. En respuesta a uno de los argumentos de la apelación que nos ocupa, es a Porvenir S.A. en quien recae la carga de probar el cumplimiento de ese deber conforme al artículo 167 del CGP, pues si el accionante sustentó su pretensión en la falta o en la indebida información por parte de esta administradora, está aludiendo o poniendo de presente que la accionada incumplió el deber de asesoramiento, lo cual constituye una negación de carácter indefinido y por ello radicaba en cabeza de esa demandada probar que sí cumplió con su deber legal, toda vez que la demostración de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearla, esto es, a la AFP.

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.

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

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

7. Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la declaración de ineficacia del traslado al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A., proferida en la sentencia de primera instancia impugnada, con la consecuencia jurídica del retorno el demandante al RPM con prestación definida al cual estaba afiliado desde el año de 1987, 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 JOSÉ ALIRIO COBO LEMOS 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 los hubiere.

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-.

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 JOSÉ ALIRIO COBO LEMOS, 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 tres años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 1996.

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

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

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

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

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

9. COSTAS

En aplicación del numeral 1° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, procede la condena en costas en esta instancia, a cargo de las

entidades apelantes y demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, por cuanto no tuvo prosperidad sus recursos de apelación.

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

10. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y ACLARAR el **ORDINAL TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, proferida el diez (10) de agosto 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 **JOSÉ ALIRIO COBO LEMOS** contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., **para adicionar dentro de los valores a devolver por la AFP PORVENIR S.A. a COLPENSIONES:** (i) la indexación de los gastos de administración, (ii) las sumas depositadas en el fondo de garantía de pensión mínima, (iii) las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales y (iv) se aclara que la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras es única y exclusivamente si dicho rubro se hubiere causado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SE CONDENA en costas de segunda instancia a la AFP PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, a favor 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 A LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA SALA, DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSE ALIRIO COBO LEMOS, CONTRA PORVENIR Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2021-00153.

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 provisionales 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