REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022)

PROCESO	**ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE	**GABRIELA INÉS ARBELÁEZ ROJAS**
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.** **3. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. – AFP PROTECCIÓN S.A.**
MINISTERIO PÚBLICO	**DRA. Mónica Franco Ferreira, en su condición de Procuradora Judicial II para Asuntos Civiles y Laborales.**
RADICADO	**N° 19-001-31-05-003-2019-00219-01**
INSTANCIA	**APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA**
TEMA	**INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS - PRESCRIPCIÓN.**
DECISIÓN	**SE ADICIONA EL ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada y consultada, para incluir en la condena la devolución de los gastos de administración indexados, las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales, las sumas adicionales de la aseguradora (siempre que se hubieren causado) y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima. SE CONFIRMA EN LO DEMÁS.**

1. ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Laboral, integrada por los Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado Ponente, procede a proferir sentencia escrita que resuelve los **RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los apoderados judiciales de las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**, **y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES,** contra la Sentencia Nro. 31 de 2021, del dieciocho (18) de agosto de dos mil veintiuno (2021), proferida en primera instancia por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. <u>Hechos y pretensiones de la demanda</u>:

Pretende la demandante: **(i) Que se declare** la NULIDAD y/o INEFICACIA del acto jurídico de traslado del RPM a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A., y, en consecuencia; **(ii) se ordene a PROTECCIÓN S.A.** remitir a COLPENSIONES los saldos, cotizaciones y/o aportes pensionales, sumas adicionales, junto con los respectivos frutos e intereses, **(iii) se ordene a COLPENSIONES** recibir esos valores del fondo privado de pensiones y acepte su traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RPM, y **(iv) se condene** en costas y agencias en derecho (páginas 46 a 58, del cuaderno digital de primera instancia).

Como ***<u>fundamentos fácticos relevantes</u>,*** sostuvo que el 15 de junio de 1982 se vinculó al régimen pensional de reparto simple (hoy Régimen de Prima Media), a través del ISS, con retiro el 02 de mayo de 1985. Que, nuevamente se volvió a vincular a dicho régimen pensional como independiente el 26 de agosto de 1994 y en el mes de abril de 1997 firmó formulario para traslado al

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), a través de PORVENIR S.A.

Señala, el asesor de Porvenir le ofreció una mejor pensión (un mayor valor del que obtendría en el ISS, posibilidad de pensionarse anticipadamente, saldos heredables, etc.), a razón de que según el asesor el ISS era inviable por su ineficiencia y déficit, por lo que su pensión no sería segura.

Que, una vez afiliada al RAIS, hizo traslados dentro del mismo régimen, es así como en junio de 2001 se trasladó al extinto fondo de pensiones Horizonte S.A. y el 12 de septiembre de 2002 se afilió a Protección S.A., donde se encuentra afiliada actualmente. Añade que, ni el asesor de Porvenir S.A., ni de Protección S.A., brindaron la asesoría legal que se requería para esa determinación, al no dar una información plena, cierta, seria y oportuna que le permitiera tomar una decisión con conocimiento pleno y consciente de las consecuencias en cuanto a riesgos y beneficios que pudiera obtener con el traslado.

Indica que, esas omisiones implicaron que se trasladara de régimen pensional, circunstancia que trae consigo una pensión de vejez en un monto inferior al que se causaría si permaneciese en el RPM.

Finalmente, asegura que COLPENSIONES dio respuesta negativa a su solicitud de traslado.

2.2. <u>Contestación por COLPENSIONES</u>:

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio Colpensiones contestó la demanda a través de su apoderada judicial y luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda se **opuso a todas las pretensiones**, al considerar que no es procedente la nulidad del traslado del RAIS al RPM, por no haberse acreditado en el expediente que la demandante no recibió la asesoría idónea para el efecto y por encontrarse prescrita la acción.

No obstante lo anterior, en el evento de declararse la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al RAIS, solicita se ordene a PORVENIR y/o PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes al RPM para garantizar el financiamiento de la respectiva prestación, que incluya cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales y cuotas de administración.

Propuso como *excepciones de fondo*: Inexistencia de la obligación y prescripción (pág. 181 a 187, archivo digital, expediente 1ª instancia).

2.3. Contestación por PROTECCIÓN S.A.

Al responder la demanda PROTECCIÓN S.A., por intermedio de su apoderado, aceptó la afiliación a esa AFP en la fecha indicada en la demanda y **se opuso a todas las pretensiones**, teniendo en cuenta que en la época la afiliación de la demandante se efectúo conforme a los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia, esto es, se le brindó una profesional y verdadera asesoría y, por lo tanto, el acto de afiliación es válido.

Como *excepciones de fondo* propuso: Inexistencia de vicio del consentimiento que pudo inducir a error en la afiliación de la demandante a la AFP PROTECCIÓN S.A., que traiga como consecuencia la anulación de la afiliación; falta de causa en las pretensiones de la demanda; carencia de acción y ausencia de derecho; buena fe; prescripción y genérica o innominada (Pág. 205 a 209, expediente 1ª instancia).

2.4. Contestación por PORVENIR S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, PORVENIR S.A., a través de su apoderada judicial, contestó la acción y se **opuso a todas las pretensiones,** bajo el argumento que la demandante realizó el traslado del RPM a Porvenir S.A. mediante solicitud de vinculación y ratificando su voluntad de permanencia en el régimen de ahorro individual. Que además, la actora se trasladó a Protección y con

ello queda más que demostrado que durante un período de 22 años tuvo claro que quería pertenecer a los fondos privados de pensiones.

Propuso como *excepciones de mérito* las que denominó como: Prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo; innominada o genérica; inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo. (Pág.224 a 236, expediente 1ª instancia).

2.5. Intervención del Ministerio Público:

La Dra. Mónica Franco Ferreira, en su condición de Procuradora Judicial II para Asuntos Civiles y Laborales, rindió concepto en este asunto (páginas 237 a 241, ibidem), y manifestó que de la prueba aportada en autos es claro que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, pero que esto resulta intrascendente a la luz de la jurisprudencia de la CSJSL. Y, que, con las premisas fácticas, junto el material probatorio, normas y precedentes judiciales, se debe dar aplicación a la línea sólida que sobre el tema ha remarcado la CSJSL, constituyendo un referente de interpretación para invalidar los actos jurídicos, sin que el hecho que la demandante hubiese permanecido en el régimen de ahorro individual y en distintos fondos de esta naturaleza, llegue a convalidar la actuación.

2.6. Decisión de primera instancia:

El JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, (CAUCA), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento, concentrada, el día dieciocho (18) de agosto de dos mil veintiuno (2021), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar SENTENCIA Nro. 31 de 2021 (minuto 00:30:21), en la cual resolvió: **1) DECLARAR** la INEFICACIA de la afiliación en pensiones de la demandante a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., suscrita el 12 de marzo de

1997, así como los posteriores traslados a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS el 01 de junio de 2001 y a PROTECCIÓN S.A. el 01 de noviembre de 2002. Como consecuencia; **2) DECLARAR** que, para todos los efectos legales, la afiliada demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **3) CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a efectuar el pago o traslado a COLPENSIONES, como administradora del RPM, de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante GABRIELA INÉS ARBELÁEZ ROJAS, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital, junto con los bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido, y las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual de la demandante por concepto de gastos de administración.

De igual modo, en el numeral cuarto, se ordenó a COLPENSIONES recibir los valores trasladados por la AFP PROTECCIÓN y correspondientes a la demandante.

Finalmente, se declararon como no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas y se condenó a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. pagar cada una el 50% de las costas que se liquiden.

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

En respuesta al interrogante, el Juez concluyó que, en este caso, para la fecha en que la demandante suscribió el formulario de traslado al RAIS, la AFP Porvenir estaba obligada a brindar previamente una información clara y precisa de los aspectos

favorables y desfavorables de la decisión a tomar para que la misma fuera libre y voluntaria, y, que, al negar la promotora del proceso que esa información le fue suministraba, le correspondía al fondo demostrar el cumplimiento de esa obligación, en virtud de la inversión de la carga de la prueba, lo cual no ocurrió, dado que solo se aportó por Porvenir la firma de la demandante en el formulario de afiliación, el cual no es prueba idónea de esa obligación. Que, de igual manera, no se probó que con el posterior traslado tanto a Horizonte como a Protección se efectuara una asesoría con la información clara y precisa, razón por la cual el acto de la afiliación o traslado al RAIS se torna en INEFICAZ, y dijo que la misma suerte corren las demás afiliaciones dentro del RAIS.

Como consecuencia de lo anterior, se concluyó que la demandante debe retornar al RPM, al cual se encontraba afiliada con anterioridad. El juez basó su decisión en el literal b) del art. 13 y art. 271 de la Ley 100 de 1993, la libre movilidad entre regímenes, y la jurisprudencia de la CSJSL (SL1452-2019, SL1421-2019 y SL1689-2019, entre otros).

2.7. Recurso de apelación de COLPENSIONES

La apoderada de Colpensiones, en ejercicio de su derecho de contradicción, presentó oralmente recurso de apelación contra la sentencia de primer grado **por cuanto se ha omitido en la parte resolutiva ordenar lo atinente a la indexación de los gastos de administración, los aportes para garantía de pensión mínima y las sumas adicionales de la aseguradora**. Cita para ello, las decisiones SL1421 y SL1688-2019, de la CSJSL, y la sentencia del 4 de febrero 2021, proferida por esta Corporación Judicial dentro del proceso con radicado 2019-176, entre otras, para señalar que sobre los gastos de administración aplica la indexación para evitar los efectos de la inflación de la moneda, que no se supera con el traslado de los rendimientos financieros, pues estos últimos no son equiparables a los gastos de administración en tanto su naturaleza es totalmente distinta.

En relación con la devolución de los aportes para garantía de pensión mínima, se pide dar aplicación a la providencia SL2877-

2020, de la CSJSL, en la que se indica que entre los valores a trasladar al régimen de prima media deben estar incluidos estos valores generados con ocasión de la afiliación de la actora al RAIS y que son necesarios para el financiamiento de la prestación que al ordenarse el traslado.

Por todo lo anterior, solicita se adicione o modifique el numeral 3º de la parte resolutiva de la sentencia apelada, para adicionar la devolución de los rubros antes mencionados, para evitar que se atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

2.8. Recurso de apelación de PROTECCIÓN S.A.

El apoderado de Protección S.A. presentó recurso de apelación **concretamente frente al punto que tiene que ver con la condena a su representada a la devolución de gastos de administración**, por cuanto la AFP ha descontado un 3% para cubrir esos descuentos que se encuentran autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, y que opera tanto para el régimen de ahorro individual como para el régimen de prima media. Señala que durante todo el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a ese fondo se ha administrado los dineros depositados en su cuenta ahorro individual, gestión que se ha realizado con la mayor diligencia y cuidado, pues PROTECCION es una entidad financiera experta en la inversión de los recursos de propiedad de sus afiliados, evidenciada con los buenos rendimientos financieros que se han generado.

En ese orden, considera que no es procedente la devolución de lo que se descontó por comisiones de administración o gastos de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos realizados conforme a la ley.

Por lo anterior, dice que ordenar a PROTECCION devolver a COLPENSIONES lo descontado por comisión de administración se

estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, interpretación no acorde con la constitución y con la ley, en detrimento del patrimonio de esa administradora, vulnerándose el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada a una de las dos partes del contrato declarado ineficaz y que fue suscrito de buena. Por todo lo anterior, solicita se modifique el ordinal de la parte resolutiva que hace referencia a la condena por la devolución de los dineros correspondientes por gastos de administración, ordenando no se incluyan estos valores en la evolución.

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Respecto a los alegatos en segunda instancia, de acuerdo con la nota secretarial que precede (archivo No. 13, expediente digital 2da instancia), y constatado el expediente digital, se tiene lo siguiente:

3.1. Los apoderados de la parte demandante y de la demandada PORVENIR S.A. guardaron silencio dentro del término legal que les fue concedido para presentar alegatos de conclusión en segunda instancia.

3.2. La apoderada judicial de Colpensiones se ratificó en los argumentos expuestos su recurso de alzada, manifestando que en el evento en que este Tribunal Superior confirme la decisión del a quo se solicita modificar y/o adicionar el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. que además de trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales en caso de contar con ellos y gastos de administración, también se orden trasladar lo atinente a la indexación de los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora y las primas de seguros previsionales, por ser valores que se causaron como consecuencia de la afiliación de la demandante en el RAIS, en aplicación al precedente de la CSJSL.

3.3. El apoderado de Protección S.A. allegó escrito de alegatos de conclusión teniendo como base los argumentos planteados en

la sustentación del recurso presentado ante el juez de primera instancia, concretamente respecto al punto a la devolución a Colpensiones de las sumas que corresponden a los gastos de administración, los cuales considera son conceptos excluyentes y no se pueden devolver, pues se estaría vulnerando a la AFP el derecho a las restituciones mutuas.

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

COMPETENCIA:

En virtud de que la providencia de primera instancia fue apelada por la AFP PROTECCIÓN S.A. y la administradora COLPENSIONES, quienes integran la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del CPTSS, modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, esta Sala de Tribunal es competente para desatar ese 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 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**:

5.1. *¿Procede la declaración de ineficacia del traslado de la demandante, del RPM al RAIS, administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; y de los posteriores traslados dentro del RAIS?*

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 PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, se pasa a resolver:

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico ordenar a PROTECCIÓN S.A. que traslade también al RPM administrado por Colpensiones (i) los gastos de administración indexados, (ii) la devolución de las cotizaciones con destino al fondo de garantía de la pensión mínima y, (iii) las sumas adicionales de la aseguradora?

5.3. En sede de consulta en favor de la administradora del régimen de prima media, Colpensiones, se debe verificar si se ajustan a derecho los valores que ordenó trasladar el a quo en el ordinal tercero de la sentencia o si hay lugar a adicionar la orden teniendo en cuenta precedentes judiciales; y también estudiar la legalidad de la negativa a la declaración de la excepción de prescripción, alegada por Colpensiones.

6. RESPUESTA A LOS CUESTIONAMIENTOS SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS O TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL Y CONEXOS

Tesis de la Sala: La Sala concluye, se debe **CONFIRMAR** la declaración de ineficacia del traslado al RAIS realizado a través de

la AFP Porvenir S.A., así como los posteriores traslados horizontales realizados a través de los fondos privados Horizonte y Protección, lo que implica ratificar la permanencia de la demandante en el RPM administrado hoy por COLPENSIONES, porque la AFP Porvenir S.A. al momento del traslado en el año 1997, incumplió con el deber legal del suministro de la información, en forma clara y suficiente, en cuanto a los efectos positivos y negativos que acarreaba el cambio de régimen pensional, al cual estaba obligada en el momento del traslado, como se explicará más adelante, ineficacia que en este caso no logró sanearse con los traslados que realizara la demandante dentro del RAIS.

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 ley[1]. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

6.3. De conformidad con el inciso primero del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el régimen de ahorro individual con solidaridad "*es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados*".

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

> *"**Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones**. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:*
>
> *(… …)*
>
> *"b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntario por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley."*
> *(… …)*

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

[1] Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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 1995:

> *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 1995, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

> ***"Artículo 72. Reglas de conducta de los administradores.*** *Los administradores de las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria deben obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio a los intereses sociales, absteniéndose de las siguientes conductas:*
> *(… …)*
>
> ***f. Abstenerse de dar la información que, a juicio del Superintendente Bancario, deba obtener el público para conocer en forma clara la posibilidad que la institución tiene de atender sus compromisos. (… …)***

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

> ***Artículo 97: Información:***
>
> *"1. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado."*

6.7. Por medio del artículo 271 de la Ley 100/93, se disponen las sanciones, en el evento del incumplimiento de las reglas sobre libre escogencia del régimen pensional que le asiste al trabajador, o cuando ***"El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa… …***

Y, además, expresamente se dispone que

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

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

6.9. Sobre casos similares al que nos ocupa, y en particular sobre el deber del suministro de la información clara, amplia y suficientes sobre los aspectos positivos y negativos de cada uno de los dos regímenes pensionales, a cargo de las AFP al momento de la afiliación y/o traslado entre regímenes, más allá de la firma del formulario, la CSJ-SL, ha desarrollado una tesis pacífica, que puede consultarse entre otras en las sentencias del 9 de septiembre de 2008 con radicados 31989 y 31314; sentencia del 22 de noviembre de 2011 con radicado 33083; sentencia SL12136-2014; sentencia SL19447-2017; sentencias SL4964 y SL4689, ambas del 2018; sentencia SL1421-2019 y más reciente SL-1563-2022.

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

En ese orden, concluyó que:

> *(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° 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. °, 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.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben*

ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

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

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

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

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

> *"3.2. Excepción de saneamiento de la nulidad relativa.*
>
> *La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*
>
> *[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*
>
> *Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*
>
> *Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho*

del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

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

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

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

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

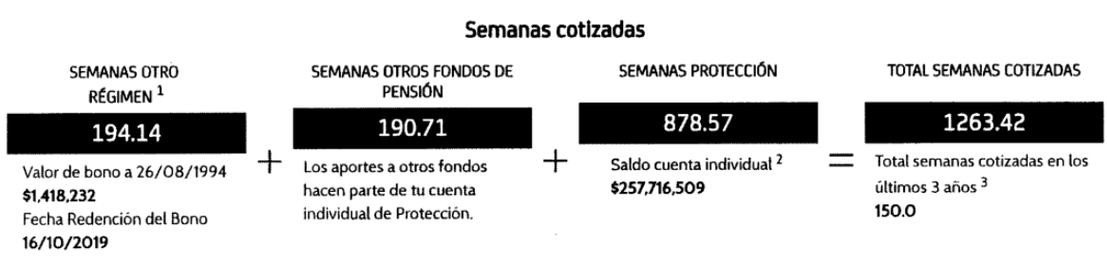
6.11. HECHOS PROBADOS RELEVANTES

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 entidades demandadas, se obtienen los siguientes hechos probados:

6.11.1. La demandante se afilió a PORVENIR S.A. mediante formulario Nro. 876988, diligenciado el 12 de marzo de 1997 (página 42 del documento 01(251) del expediente 1ª instancia). Este formulario tiene la firma de la demandante en la casilla correspondiente, donde además se deja constancia de que el mismo se realiza en forma libre, espontánea y sin presiones.

Posteriormente, se trasladó dentro del RAIS a HORIZONTE y luego a PROTECCIÓN S.A., donde permanece actualmente, a través de los formularios de afiliación Nro. 1326496 del 01 de junio de 2021 y Nro. 5903614 del 01 de noviembre de 2002, tal como lo prueban los respectivos formatos de afiliación visibles en las páginas 43 y 27, respectivamente del documento 01(251) del expediente digital de primera instancia.

6.11.2. No obstante COLPENSIONES no aportó pruebas, y, asimismo, en el certificado del SIAFP - Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión - de ASOFONDOS, aportado en la página 198 ibidem, no aparece registro de afiliación de la demandante al RPMPD, del análisis en conjunto del primer formulario de traslado al RAIS y la historia laboral en pensiones de PROTECCIÓN S.A., visible en las páginas 9 a 23, 196 y 197 del documento 01 (251) del expediente de primera instancia, si es posible extraer que la demandante estuvo afiliada al RPM, por cuanto la afirmación expuesto en el primer formulario de traslado al RAIS proveniente del RPM, concuerda con las <u>194.14 semanas cotizadas en el régimen de prima media</u> (como el ISS hoy Colpensiones, cajas o fondos del sector público), siendo la primera cotización 1982/06, como lo muestran las siguientes imágenes tomadas de la prueba historia de cotizaciones:



Historia Laboral **Protección**

Fecha de generación: 15/08/2019

Periodo registrado de Historia Laboral

Primera cotización: 1982/06 **Ultima cotización:** 2019/07

1982

ARBELAEZ ROJAS Y CIA LTDA 1008410023

Mes	Ingreso base de cotización	Valor cotización obligatoria	Días cotizados	Origen de la información	Estado	Aprobar
1982/06	$7,470	---	16	Otro Régimen	Necesita tu aprobación	
1982/07	$7,470	---	31	Otro Régimen	Necesita tu aprobación	
1982/08	$7,470	---	31	Otro Régimen	Necesita tu aprobación	
1982/09	$7,470	---	30	Otro Régimen	Necesita tu aprobación	
1982/10	$7,470	---	31	Otro Régimen	Necesita tu aprobación	
1982/11	$7,470	---	30	Otro Régimen	Necesita tu aprobación	
1982/12	$7,470	---	31	Otro Régimen	Necesita tu aprobación	

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 12 de marzo de 1997, la demandante presentaba afiliación inicial al régimen de prima media, contando con 194.,14 semanas cotizadas.

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 1997 cuando suscribió solicitud de traslado la señora Gabriela Inés Arbeláez , le hubiese dado a conocer a la demandante en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, de las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, y con tal conducta procesal, cabe predicar que 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, 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 marzo de 1997, cuando se dio la afiliación efectiva a PORVENIR S.A., acorde con la interpretación sistemática del literal b) del artículo 13, en conjunto con el artículo 271, ambos de la Ley 100 de 1993; en consonancia con los artículos 72, literal f) y numeral 1, del artículo 97, ambos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

3. La consecuencia jurídica de la falta de prueba del cumplimiento de este deber legal de la entrega de la debida información, es la prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sobre la INEFICACIA JURÍDICA DEL ACTO O NEGOCIO DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS, tal cual lo tiene decantado la CSJ-SL en las providencias transcritas.

Para tal efecto, debe tenerse en cuenta que, con la sola firma del formulario, como ocurre en el *sub júdice,* 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 a la afiliada 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 de la señora Gabriela Inés Arbeláez Rojas.

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

En concordancia, la CSJSL en diferentes pronunciamientos ha señalado que la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad hubiere realizado el afiliado(a) en el régimen de ahorro individual, tal como se aprecia en este caso y lo ha afirmado la CSJ SL en sentencia del 9 septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en las sentencias del 22 noviembre de 2011, radicación 33083; y del 1° de marzo de 2021, SL1004-2021, radicación n.º 72930.

Así, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, como ocurre en este caso donde la demandante pasó de Porvenir S.A. a Horizonte y luego de Horizonte (hoy Porvenir S.A.) a Protección, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen, pues estas discusiones tienen un componente casuístico que implica el estudio de los hechos particulares de la situación en discusión y, en este caso, no hay prueba que permita inferir razonablemente que al momento de efectuarse los otros traslados la demandante ya contaba con todos los elementos suficientes para tomar la decisión de traslado o, lo que es lo mismo, que se le dio a conocer por cada uno de los fondos privados donde se vinculó sobre las ventajas y desventajas de ese régimen pensional, así como los riesgos y consecuencias del mismo.

En este caso, era a Porvenir S.A. y Protección S.A. en quienes recaía la carga de probar el cumplimiento de ese deber conforme al artículo 167 del CGP, pues si la accionante sustentó su pretensión en la falta o en la indebida información por parte de estas administradoras, está aludiendo o poniendo de presente que las accionadas incumplieron el deber de asesoramiento, lo cual constituye una negación de carácter indefinido y por ello radicaba en cabeza de esas demandadas probar que sí cumplieron con su deber legal, toda vez que la demostración de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearla.

5. Por último, la Sala advierte que la decisión de declarar la ineficacia del traslado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, ni del régimen de prima media, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo

privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJSL, sentencia SL2877-2020).

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

Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional y los posteriores traslados dentro del RAIS, determinada en la sentencia de primera instancia, ya que un traslado de régimen sin haber precedido el consentimiento informado que presupone una información completa y veraz suministrada por la Administradora, la consecuencia derivada es su ineficacia.

En ese orden de ideas, al declararse la ineficacia de traslado de régimen pensional, se debe retornar al RPM con prestación definida al cual estaba inscrita desde el año de 1982, administrado hoy por Colpensiones.

7. DE LOS VALORES A DEVOLVER COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN:

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 actor y de paso, se produce un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

Sin embargo, en sede de consulta y atendiendo el recurso de apelación de Colpensiones, se adiciona la sentencia de primera

instancia para ordenar la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, las sumas adicionales de la aseguradora siempre que se hubieren causado, los valores pagados por las primas de los seguros previsionales y de los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

7.1. En relación con los gastos de administración ordenados en la sentencia de primera instancia y a fin de dar respuesta a la apelación por parte de PROTECCIÓN S.A., que de manera expresa solicita se le exima de la devolución, La Sala no avala tal pedimento por las siguientes razones:

Es procedente la condena a la devolución de los gastos de administración que se recibieron mientras la señora GABRIELA INÉS ARBELÁEZ ROJAS permaneció afiliada a ese fondo privado, por vía de la aplicación de la doctrina probable emanada de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiterada por ejemplo en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, al afirmar:

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

Esta línea se reitera en providencia SL4174 del 2021, en la cual la CSJ-SCL expuso la justificación para que proceda el traslado de sumas tales como saldo de la cuenta individual, sus rendimientos,

los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, entre otros:

> *"También se ha dicho por la Sala que una vez se declara la ineficacia, debe la administradora de pensiones trasladar a Colpensiones, en este caso Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías, además del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración debidamente indexados, puesto que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*
>
> *Por tal razón, tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida.* ***Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)****."* (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

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.

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 para que PROTECCIÓN S.A. proceda a su devolución, como quiera que dicha garantía se financia con el 1.5% de la cotización obligatoria que mes a mes debe realizar el afiliado al RAIS y que en virtud de la declaratoria de ineficacia y la figura de las restituciones mutuas, debe retornar íntegra al RPM.

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

Entonces, como la ineficacia comporta el desconocimiento de los efectos jurídicos del acto de traslado desde el mismo momento en que aquél pretendió materializarse, siendo consecuencia obligada la devolución de la cotización completa, aunque en su momento la misma haya sido distribuida en la forma indicada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por

el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, así como también los rendimientos financieros causados en vigencia de la afiliación efectuada de manera irregular, como quiera que de no haberse presentado, en el RPM la cotización también habría obtenido rendimientos, se habrá de ADICIONAR la parte resolutiva de la sentencia consultada, por ser procedente la devolución por parte de la AFP Protección S.A. de las sumas que haya descontado con destino a la garantía de pensión mínima, de la cotizaciones obligatorias que mes a mes recibió a nombre de la demandante GABRIELA INÉS ARBELÁEZ, 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 virtud del recurso de apelación promovido por la apoderada judicial de Colpensiones, se adicionará la decisión de primera instancia que omitió la concesión de tal concepto, con la advertencia 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 ibídem, 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."

La anterior tesis encuentra respaldo en la decisión SL500-2022, de la CSJSL, Sala de Descongestión Nro. 1.

7.4. En sede de consulta, estima la Sala necesario abordar también el punto sobre la devolución de las sumas pagadas por la AFP PROTECCIÓN S.A. para la adquisición de los seguros previsionales, porque son valores que hacen parte de la cotización y su devolución surge dentro de los efectos de la ineficacia del traslado, como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido 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 ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

Y es que igualmente no se considera procedente que, para resolver la relación jurídica entre el afiliado y las administradoras vía ineficacia del traslado, se pueda echar mano a la validez de un contrato de seguro con un tercero, que es una relación jurídica ajena al proceso, de la cuál si surgiere algún derecho u obligación, debería resolverse en proceso aparte entre las partes interesadas.

Lo anterior también, porque el valor de las pólizas de seguro se saca del 3% de la cotización, destinado para el pago de las mismas y los gastos de administración, pero nunca de la cuenta individual del afiliado y conforme lo dispone el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el Régimen de Ahorro Individual comprende el conjunto de entidades, normas y procedimientos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, los cuales están a cargo de 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 Protección no devuelva el valor de las primas de los seguros previsionales, implicaría la violación directa del artículo 1746 del Código Civil, aplicable según la jurisprudencia y como se explicó anteriormente, a la figura de la ineficacia, en tanto las dos figuras dan a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiere existido el acto o contrato, 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 le corresponde a la demandante afiliada en este proceso 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.

Por lo expuesto, se adiciona la sentencia consultada en este aspecto.

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, trascurrió más de tres años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción de nulidad, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 1997.

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 de la afiliada, 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.

En la sentencia en mención, se afirma:

> *"Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de «ineficacia», en la medida que esa consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque, desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.*
>
> *Conforme lo explicado,* ***los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensiónales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensiónales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados****. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que «el asegurado está legitimado para*

> *interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la* ***afiliación****, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión» (resaltado fuera del texto original)*
>
> ***En conclusión: la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)".***

Esta tesis ha sido reiterada en sentencias posteriores de la CSJ-SL del 01 de julio de 2020, Radicación N° 67972, y SL1440-2021.

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia anotada, no procede declarar probada la excepción de prescripción alegada por el fondo privado accionado y Colpensiones, en tanto el(la) afiliado(a) puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral en cualquier momento para solicitar la declaración de ineficacia de la afiliación, y se defina en que régimen pensional se encuentra afiliado, aspecto que por analogía considera la Sala aplicable en este evento en que los hechos acreditados constatan una ausencia de voluntad y consentimiento en el traslado de la demandante del RPM al RAIS; resaltándose que de ser afectada la acción que busca restablecer los derechos conculcados con el fenómeno de la prescripción, transgrede directamente derechos mínimos e irrenunciables de la demandante relacionados con la seguridad social y ligados a la pensión de vejez.

9. COSTAS

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

cargo de la apelante – ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., por cuanto no tuvo prosperidad su recurso de apelación.

En cambio, sin costas de segunda instancia contra Colpensiones, dado que su impugnación resulto favorable en forma parcial.

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: SE ADICIONA el ordinal TERCERO de la parte resolutiva de la Sentencia Nro. 31 de 2021, proferida el dieciocho (18) de agosto de dos mil veintiuno (2021), objeto de la presente apelación y consulta, en el sentido de ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., que proceda también a devolver y depositar a COLPENSIONES los gastos de administración debidamente indexados, las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales, las sumas adicionales de la aseguradora (siempre que se hubieren causado) y las sumas depositadas en el fondo de garantía de la pensión mínima, 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 Protección S.A., a favor de la demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Las agencias en derecho como se dijo en la parte motiva.

<u>CUARTO</u>: NOTIFIQUESE la presente sentencia por la Secretaría de la Sala, a las partes, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 2213 de 2022.

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