

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE  
POPAYÁN  
SALA LABORAL**

**Magistrado Ponente:  
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS**

Popayán, treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>JAIRO EMIRO DORADO PÉREZ</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E.  2. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS (EN ADELANTE COLFONDOS)</b>
<b>RADICADO</b>	<b>19-001-31-05-001-2020-00114-01</b>
<b>INSTANCIA</b>	<b>APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA</b>
<b>TEMA</b>	<b>INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS-PRESCRIPCIÓN.</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>SE ADICIONA EL ORDINAL SEGUNDO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y CONSULTADA, PARA ORDENAR LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS ADICIONALES DE LAS ASEGURADORAS, SIEMPRE QUE SE HAYAN CAUSADO.  SE CONFIRMA EN LO DEMÁS.</b>

**1.- ASUNTO A TRATAR**

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

firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado ponente, procede a proferir sentencia escrita que resuelve el **RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte demandada COLFONDOS y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES**, contra la Sentencia Nro. 095 del veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

## 2. ANTECEDENTES

### 2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende la demandante: **(i) Se declare** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual administrado por COLFONDOS, realizada a partir del 26 de octubre de 1999; **(ii) Se declare** que nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en RPMPD. En consecuencia, **(iii) se ordene** a COLFONDOS, se sirva reintegrar la totalidad de aportes, rendimientos y gastos de administración indexados; **(iv) se condene** a lo que resulte acreditado en forma *ultra y extra petita* y **(v) se condene** a las demandadas a pagar las costas y agencias en derecho que se causen.

Como **fundamentos facticos relevantes sostuvo**, nació el primero de febrero de 1956; se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones, desde el 14 de febrero de 1977, con la patronal TEXTILES DEL CAUCA LTDA.; luego se vinculó con el DEPARTAMENTO DEL CAUCA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL CAUCA, con la cual se efectuaron cotizaciones a la CAJA DE PREVISIÓN DEPARTAMENTAL, en el periodo comprendido del 13 de junio de 1978 al 30 de abril de 1990; a partir del 1 de enero de 1995 se vinculó al ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE POPAYÁN, por medio de la cual realizó cotizaciones al ISS hoy liquidado, en el periodo comprendido del 01 de enero de 1995 al 25 de octubre de 1999.

Indica que, en razón a una campaña publicitaria ejecutada por COLFONDOS, realizó traslado de régimen pensional, el cual se

hizo efectivo el 26 de octubre de 1999, sin que le hubiera brindado información suficiente, clara, precisa y completa sobre las implicaciones futuras del trámite de traslado pensional.

Aduce que intentó su retorno al RPMPD en diversas oportunidades, incluso a través de acción de tutela, pero no fue posible y que se le generó un perjuicio, por haberse trasladado, sin la debida información. (Archivo No. 02, págs. 128-135, expediente digital de 1ra instancia).

## **2.2. Contestación de la demanda por COLPENSIONES**

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderada judicial, luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, se **opone a las pretensiones**, al considerar no es procedente la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, ya que no se encuentra acreditado que en dicho acto se haya suministrado una indebida asesoría; además de encontrarse prescrita la acción.

En todo caso, en el evento de declararse la nulidad y/o ineficacia del traslado, le corresponde a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes para garantizar el financiamiento de la respectiva prestación.

Propuso como excepciones de fondo: *“Inexistencia de la obligación – inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación del demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma”, “carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica”, “errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C.”, “cobro de lo no debido - retorno en cualquier tiempo al RPM, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera”, “indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales- vulneración del principio de la confianza legítima”, “inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia del traslado de*

régimen” y “prescripción”. (Archivo No. 07, expediente digital de 1ra instancia).

### **2.3. Contestación de la demandada COLFONDOS**

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderado judicial, luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, se **opone a todas las pretensiones**, al considerar no existió omisión por parte de la entidad al momento de entregar al actor la información que requería, para que tomara una decisión referente al traslado del RPM al RAIS de manera informada.

Que, COLFONDOS actuó de manera profesional, transparente y prudente, siendo el actor quien decidió de manera libre, espontánea y con consentimiento informado, su traslado entre administradoras del RAIS.

Por último, señaló el demandante no hizo uso de la facultad de retractarse de la afiliación, y que el traslado de régimen efectuado, gozó de plena validez, debido a que provino de una decisión libre y espontánea, ajustándose a lo señalado en la ley.

Propuso como excepciones de mérito: “validez de la afiliación a COLFONDOS S.A.”, “validez del traslado de régimen del RPM al RAIS”, “Buena fe”, “inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho”, “prescripción”, “carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen”, “inexistencia de engaño y de expectativa legítima”, “nadie puede ir en contra de sus propios actos”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa”, “inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe”, “compensación” e “innominada o genérica” (archivo No. 17, págs. 1-32, expediente digital de 1ra instancia).

## **2.4. Decisión de primera instancia**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento, concentrada, el día veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar SENTENCIA Nro. 095, en la cual resolvió: **i) DECLARAR** la INEFICACIA de la afiliación del demandante a la AFP COLFONDOS, efectuada el 26 de octubre de 1999, y en consecuencia, declaró que el demandante nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPMPD; **(ii) CONDENA** a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del señor JAIRO MIRO DORADO, tales como, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, éstos últimos, debidamente indexados., indicando que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores y demás información relevante que los justifiquen, y que tales valores deberán ser recibidos por COLPENSIONES; **iii) ORDENAR** a COLFONDOS, normalizar la afiliación del demandante en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalle de los aportes del actor; **iv) NEGAR** la prosperidad de las excepciones propuestas por las demandadas y **v) CONDENAR** en costas a la AFP COLFONDOS.

**TESIS DE LA JUEZ:** Sostuvo que, COLFONDOS sí incumplió su deber de brindar una información veraz y eficiente al demandante respecto del cambio de régimen pensional y, por consiguiente, procede la ineficacia de la afiliación del actor, al RAIS.

Para el efecto, hizo referencia a criterios legales y jurisprudenciales en torno a la materia y adujo que, no hay prueba de que COLFONDOS hubiese suministrado a su afiliado información clara y precisa sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, a pesar de que

esa carga le correspondía asumirla a la AFP, y que, ni siquiera, hay prueba del formulario de vinculación del actor, cuando se surtió el traslado de régimen, porque no se aportó, pero se encontró acreditado el traslado con el certificado de ASOFONDOS, donde se constata que el demandante se trasladó al RAIS, el 26 de octubre de 1999.

Que, en consecuencia, procede la ineficacia de la afiliación y es COLPENSIONES a quien corresponde recibir al demandante, por ser la AFP que actualmente administra el RPM.

De otra parte, acorde con la jurisprudencia de la CSJ-SCL y de este Tribunal, encontró precedente, ordenar la devolución de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, así como, gastos de administración indexados, sumas por seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima

Además, sostuvo que, no procede la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, de acuerdo a criterio de la Sala Laboral de este Tribunal Superior, pues solo tienen vigencia y operatividad, en el evento de la causación y disfrute de pensiones de invalidez y/o sobrevivientes, que no es el caso del demandante,

Por último, negó la excepción de prescripción, con fundamento en criterio de la CSJ-SCL y condenó en costas a COLFONDOS.

## **2.5. RECURSO DE APELACIÓN, PRESENTADO POR COLFONDOS**

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado judicial de COLFONDOS, se opone las condenas de los numerales 2 y 5, al considerar:

**1. “Lo primero que debemos indicar es que *no hay lugar a que se condene a mi representada a devolver cotizaciones, bonos, frutos de intereses, rendimientos causados, primas de seguros provisionales, garantía de pensión mínima, gastos de administración indexados, entre otros, por las siguientes consideraciones: Vamos a indicar que Colfondos S.A no admite ni paga bonos pensionales, dicha actividad es meramente sujeta al***

**ministerio de hacienda y crédito público por lo cual esa situación en nada tiene que ver con Colfondos S.A.**

Respecto **de la garantía de pensión mínima**, debemos decir que también, la garantía de pensión mínima es una posibilidad que se genera a los afiliados en el RAIS para pensionarse con un menor número de semanas, **pero el gobierno a través del ministerio de hacienda y crédito público básicamente asume ese porcentaje, sin embargo, ello, en nada tiene que ver con Colfondos S.A.**

Lo primero que debemos indicar frente a los **gastos de administración de los cuales fuimos condenados es que, dichos gastos de administración se encuentran debidamente autorizados para su descuento, esto no es una actuación caprichosa por parte de Colfondos S.A, dicha actividad básicamente se encuentra regulada en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, que opera tanto para el RPM como para el RAIS.**

Durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a Colfondos, mi representado administró los dineros que el mismo depositó en su cuenta de ahorros individual, gestión que se realizó con la mayor diligencia y cuidado, por lo cual no hay lugar a que se ordene la devolución de dichos dineros.

En ese sentido, debemos indicar que no habría lugar a que se declare la ineficacia de la afiliación y **únicamente será procedente la devolución de los aportes existentes en cuanta de ahorro individual; mas no los rendimientos ni los gastos financieros generados con la buena gestión de Colfondos.**

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

Adicionalmente, debo indicar que tampoco **hay lugar a que se devuelva lo pagado por seguro previsional** una vez declarada la nulidad, pues dicha actividad se encuentra autorizada para su descuento en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y dicha actividad se encuentra reglada y condicionada conforme al artículo 108 de la ley 100 de 1993, lo cual tiene desarrollo a través de los decretos 876 y

*1161 de 1994, adicionalmente a las diferentes circulares expedidas por la superintendencia financiera.”*

**2.** *“En este sentido debemos decir que, no hay lugar a que se condene a mi representada **y tampoco hay lugar a que se condene en costas y agencias en derecho a mi representada** debido a que, si bien somos, fuimos vencidos en juicio, dicho vencimiento se deriva de una construcción jurisprudencial que es posterior a la fecha de vinculación del demandante a Colfondos S.A.”*

### **3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

En la oportunidad procesal, se recibieron los siguientes alegatos de conclusión:

**i) La apoderada de la parte demandante**, en su manifestación solicita, se confirme la decisión de primera instancia, argumentando que, no se apelaron aspectos relacionados con la ineficacia de traslado como tal, y que, que la discusión de segunda instancia, se limita a la forma y condiciones en que se dispuso la declaratoria de ineficacia del traslado en favor del actor, aspecto al cual debe ser limitada la decisión que se emita en esta instancia (Archivo No. 10, expediente digital 2da instancia).

**ii) La apoderada judicial de Colpensiones**, señaló que, se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, por cuanto el fundamento de la sentencia de primera instancia es que la AFP no brindó la debida asesoría al demandante, sin tener en cuenta que, para el momento del traslado del actor, no les era exigibles a los fondos documentar las asesorías a sus afiliados, por fuera del formulario de afiliación, en consecuencia, señaló que, no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado, que en su momento efectuó el actor (Archivo No. 12, expediente digital 2da instancia).

**iii) El apoderado de la demandada COLFONDOS**, guardó silencio, dentro del término legal, que le fue concedido para presentar alegatos en esta instancia (archivo No. 13, expediente digital de 2da instancia).

#### **4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES:**

**COMPETENCIA:** En virtud a que la providencia de primera instancia fue apelada por COLFONDOS, quien integra la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del CPTSS, modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, esta Sala de Tribunal es competente para desatar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

De igual forma, se tramitará conjuntamente el grado jurisdiccional de consulta, al ser desfavorable la sentencia de primera instancia a COLPENSIONES.

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

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

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

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

#### **5. ASUNTOS POR RESOLVER**

Acorde con el recurso de apelación y para responder al grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala Laboral resuelve los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS:**

**5.1.** *¿Procede la declaración de ineficacia del traslado de la afiliación del demandante, del RPM, hoy administrado por Colpensiones, al RAIS administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantía COLFONDOS?*

**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 COLFONDOS y en virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES, se pasa a resolver:

*¿Se ajusta al ordenamiento jurídico ordenar a COLFONDOS, que traslade también al RPM, los bonos, frutos pensionales, rendimientos, gastos de administración con su respectiva indexación, las primas de seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las sumas adicionales de las aseguradoras?*

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

**5.4.** Finalmente, en virtud del recurso de apelación, se debe analizar si procede la condena en costas de primera instancia, que se impuso a cargo de COLFONDOS.

## **6. RESPUESTA A LOS CUESTIONAMIENTOS SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO Y CONEXOS**

**Tesis de la Sala:** Se dirige a **CONFIRMAR** la declaración de ineficacia del traslado del RPM al RAIS, contenida en la sentencia consultada, de conformidad con las siguientes premisas:

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

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

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

---

<sup>1</sup> Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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

(... ...)

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

(... ...)

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

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

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

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

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

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

**“Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación.** La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de

*vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

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

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

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

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

*(... ...)*

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

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

**Artículo 97: Información:**

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

**6.7.** Por medio del artículo 271 de la Ley 100/93, 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 del vicio en el consentimiento, aplica el artículo 1604 ibidem, el cual consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos incumbe al que ha debido emplearlo.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

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

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

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

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

*“3.2. Excepción de saneamiento de la nulidad relativa.*

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

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

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

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

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

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

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

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

## 6.11. HECHOS PROBADOS RELEVANTES

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

**6.11.1.** Según resolución No. 12910 del 12 de noviembre de 2019, corregida mediante resolución No. 13812 del 28 de noviembre de 2019, se constata que, al demandante se le reconoció bono pensional o cuota parte del bono pensional, por el periodo laborado en la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, y cotizado a la Caja de previsión Social del Departamento, reconociéndose dicho bono a favor de COLFONDOS (Archivo No. 2, págs. 89-92, expediente digital de 1ra instancia).

**6.11.2.** El actor laboró 632 semanas por cuenta de la Secretaría de Educación del Cauca, constatándose los siguientes periodos:

REPORTADO POR CETEL						
NIT/PATRONAL	NIT: 900891580016		NOMBRE EMPLEADOR		SECRETARIA DE EDUCACION DEL CAUCA	
Novedad	Fecha Desde	Fecha Hasta	SS	IVM	Salario	Errores/Observaciones
LABORAL	13/06/1978	14/01/1987	S	N	\$ 0	
LABORAL	22/02/1987	31/12/1989	S	N	\$ 0	
LABORAL	01/01/1990	21/01/1990	S	N	\$ 0	
LABORAL	22/04/1990	29/04/1990	S	N	\$ 0	
LABORAL	30/04/1990	30/04/1990	S	N	\$ 70,150	

(Archivo No. 2, págs. 110-113, expediente digital de 1ra instancia).

**6.11.3.** Según el extracto aportado por el actor y la historia laboral que igualmente se anexó con la demanda, se advierte que, el señor JAIRO EMIRO DORADO PÉREZ, cuenta con 882 semanas cotizadas al RPM y 1.024 semanas cotizadas a

COLFONDOS, para un gran total de 1.906 semanas cotizadas a seguridad social en pensión (Archivo No. 2, págs. 95 y 100-105, expediente digital de 1ra instancia).

**6.11.4.** Está probado con el historial de vinculaciones de ASOFONDOS y la respuesta a la demanda de COLFONDOS, que el actor se vinculó inicialmente a COLPENSIONES, el 18 de enero de 1995 y posteriormente, se trasladó de régimen, a la AFP COLFONDOS, con solicitud del 26 de octubre de 1999 y fecha de inicio de efectividad el 1 de diciembre de 1999 (Archivo No. 17, págs. 33-34, expediente digital de 1ra instancia).

## **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, con fecha de inicio de efectividad 1 de diciembre de 1999, el demandante se encontraba afiliado al régimen de prima media administrado por el entonces ISS hoy COLPENSIONES, en primer lugar, porque cuenta con bono pensional reconocido, por haber cotizado a la Caja de previsión social del Departamento, desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y en segundo lugar, porque según consulta de ASOFONDOS, el actor se vinculó a COLPENSIONES el 18 de enero de 1995, y bajo estas normativas, especialmente, el literal a) del artículo 12 de la ley 100 de 1993, se considera que el demandante estuvo afiliado al RPM.

**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 COLFONDOS, estando obligada, no demostró en el proceso que, en el año 1999, cuando se suscribió solicitud de traslado, le hubiese dado a conocer al demandante en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, de las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, y con tal conducta procesal, cabe predicar que el demandante NO pudo

elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable; ya que si se le explica desde el principio el manejo de la cuenta individual, que los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado, 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 efectivo, en diciembre de 1999, acorde con la interpretación sistemática del literal B) del artículo 13, en conjunto con el artículo 271, ambos de la Ley 100 de 1993 y de los artículos 72, literal f) y numeral 1, del artículo 97, ambos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF).

Además, no es desproporcionada la carga de la prueba impuesta a cargo de COLFONDOS en tal sentido, porque la AFP del RAIS es la entidad experta en el tema y, por ende, quien se encuentra en mejor posición para acreditar la información que le suministró al actor, al momento del traslado, dados sus deberes y la diligencia que le es exigible en tal sentido, máxime si se tiene en cuenta lo que ya ha decantado la jurisprudencia de la CSJ-SCL al respecto.

**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 recientes providencias, entre otras, la citada en precedencia.

**4.** Es pertinente señalar también, no son indicios serios de un consentimiento informado, el hecho de que el actor hubiera permanecido en el RAIS por amplio tiempo, recibiendo extractos y no haber solicitado información y proyección de la pensión o no haber presentado quejas, pues, se itera, con la sola firma del demandante en el formulario de afiliación, no se cumple con el requisito legal del suministro de información, y en todo caso, en este asunto no se allegó formulario de traslado de régimen,

respecto del demandante. Además, el actor está probando su interés del regreso al RPM, que le fue negado en dos oportunidades.

**5.** Conviene precisar también, el hecho de que existan trámites de bonos pensionales a favor del demandante en curso, o que el actor ya cumpla los requisitos para obtener una pensión de vejez, en nada impiden que se declare la ineficacia del traslado, pues el demandante aun no devenga pensión por el RAIS, ya que, ningún medio de prueba obra en el plenario que constate el reconocimiento de prestación pensional alguna, a favor del señor JAIRO EMIRO DORADO (Al respecto pueden verse las sentencias de la CSJ-SCL SL373 de 2021, SL1113- 2022, SL3136-2022, SL3204-2022 y SL3329-2022).

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

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

Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la declaración de ineficacia del traslado, proferida en la sentencia de primera instancia.

**7. SOBRE EL TRASLADO A COLPENSIONES DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN INDEXADOS, LAS PRIMAS DE SEGUROS PREVISIONALES, LOS APORTES AL FONDO DE GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA Y LA**

## **DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS ADICIONALES DE LAS ASEGURADORAS, SIEMPRE QUE SE HAYAN CAUSADO.**

**Tesis de la Sala:** Resulta procedente confirmar la sentencia de primera instancia que ordenó la devolución de bonos, rendimientos y 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.

Así mismo, se confirma la sentencia de primera instancia, que ordenó la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, los valores pagados por las primas de los seguros previsionales y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, conforme a criterio de la CSJ-SCL.

Respecto a la condena a la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, se modificará la sentencia impugnada y consultada, para efectos de ordenar su devolución a cargo de Colfondos, aclarando que es procedente tal devolución, sólo en el evento en que se hayan causado.

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

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

Es procedente la condena atinente a la devolución de rendimientos, bonos pensionales y los gastos de administración, que se recibieron mientras el demandante 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)”.*

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 COLFONDOS en su recurso de apelación, pues la ineficacia del traslado, deriva en la obligatoriedad de ordenar la devolución de cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración indexados, entre otros, amparado en la premisa que, 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, y en virtud del recurso de apelación que presentó COLFONDOS, ha de señalarse que procede 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, conforme a la jurisprudencia en cita.

Debe tenerse en cuenta que, la jurisprudencia sostiene como fundamento de la devolución de los conceptos que integran la cuenta de ahorro individual de los afiliados que, desde el momento mismo del acto ineficaz, todos estos valores, incluidos los gastos de administración, debieron ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones y por tal razón, se justifica la indexación pretendida, respecto a dichos gastos de administración, como lo ha ordenado la CSJ-SCL, (al respecto puede verse por ejemplo la sentencia SL3136-2022), en consecuencia, procede confirmar la decisión de primera instancia, al respecto.

**7.2. En punto a la no devolución de las sumas pagadas por la AFP COLFONDOS, para la adquisición de los seguros**

**previsionales de invalidez y sobrevivencia**, de acuerdo al recurso de apelación de COLFONDOS, estima la Sala precedente ordenar su devolución, por cuanto 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 a 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 Colfondos, 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 COLFONDOS 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.

En consecuencia, se confirma la sentencia apelada y consultada en este aspecto también.

**7.3. En cuanto a las sumas por concepto de la cotización destinada a la garantía de pensión mínima**, la Sala estima procedente confirmar la decisión de la *A quo*, que ordenó a COLFONDOS, que 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 la misma, en el RPM la cotización también habría obtenido rendimientos.

En tal sentido, procede la devolución por parte de la AFP COLFONDOS, de las sumas que haya descontado con destino a la garantía de pensión mínima, de las cotizaciones obligatorias que mes a mes recibió a nombre del demandante, en tanto se trata de un rubro que en la actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada.

**7.4.** En relación con la **devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras**, analizado el tema en consulta, se modificará la decisión de primera instancia que negó tal concepto, para en su lugar, ordenar la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, aclarando que, sólo resulta procedente la devolución, siempre que se hayan causado.

Lo anterior, conforme se expuso por esta Sala en anteriores casos, entre otros, en el proceso ordinario laboral con radicado 2021-00006 donde se precisó: *“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.”*

Por lo expuesto, se adicionará el ordinal segundo de la resolutive de la sentencia de primera instancia, a fin de ordenar la devolución de dicho concepto, en los términos y con las aclaraciones referidas.

## **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 de nulidad, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 1999.

**La Sala niega la declaración de la excepción de prescripción**, como quiera, que en este caso no se declara la nulidad, sino la inexistencia 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 del demandante relacionados con la seguridad social y ligados a la pensión de vejez.

## **9. EN RESPUESTA AL CUESTIONAMIENTO RELACIONADO CON LA CAUSACIÓN DE LAS COSTAS PROCESALES, DENTRO PRESENTE PROCESO ORDINARIO, EN PRIMERA INSTANCIA.**

**TESIS DE LA SALA.** Se confirma la condena en costas procesales impuestas en el marco del presente proceso ordinario laboral, por encontrarse objetivamente causadas, según las siguientes consideraciones:

**9.1.** El artículo 365 del CGP (aplicable por remisión analógica del artículo 145 del CPTSS) regula la condena en costas procesales y señala en el numeral primero:

*“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

- 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de*

*excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.”*

Igualmente, en el numeral octavo de la citada norma procesal se indica:

*“Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”*

**9.2.** Conviene traer a colación lo señalado por la CSJ-SCL, en providencia AL5556-2021, en la cual se precisó:

*“De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige **contra el patrimonio de la parte vencida**, en tanto al interponerse el recurso de casación y no haber éxito en la acusación, lleva a que se deba asumir esta clase de erogación, para el caso a cargo del demandante (AL3132-2017, AL3612-2017 y AL5355-2017); **sin que sean de recibo las circunstancias subjetivas del peticionario, en la medida que su fijación obedeció a razones objetivas, concretamente las agencias en derecho proceden, por no haber triunfado la demanda de casación y por ser la misma en su oportunidad replicada.**”*

**9.3.** En razón a lo expuesto, se desestiman los argumentos de la pasiva COLFONDOS, pues en este evento, al haberse concedido las pretensiones de la demanda, resultó vencida en el proceso la referida AFP demandada, siendo procedente el pago de las costas del proceso, en forma objetiva, de acuerdo a lo ordenado en el artículo 365 del CGP. En consecuencia, se confirma la decisión de primera instancia, en este aspecto también.

## **10.- CONDENAS EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA**

En aplicación del numeral 1º del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS,

procede la condena en costas en esta instancia, a cargo de la entidad apelante COLFONDOS, por cuanto no tuvo prosperidad su recurso de apelación.

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

Sin condena en costas de segunda instancia a cargo de COLPENSIONES, conforme al numeral 8° del artículo 365 del CGP, dado el grado jurisdiccional de consulta, surtido a su favor.

## 11. DECISIÓN

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

### RESUELVE:

**PRIMERO: SE ADICIONA** el ordinal SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia No. 95 del veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de **ORDENAR a COLFONDOS**, a devolver y depositar en Colpensiones las sumas adicionales de las aseguradoras, siempre que estas últimas se hayan causado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

En lo demás, se **confirma la sentencia** apelada y consultada, por las razones expuestas anteriormente.

**SEGUNDO: SE CONDENA** en costas de segunda instancia a COLFONDOS, y a favor del demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Las agencias en derecho como se dijo en la motivación de la

presente sentencia.

**TERCERO:** Sin condena en costas de segunda instancia, a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E., conforme lo motivado en esta providencia.

**CUARTO: NOTIFÍQUESE** la presente providencia por la Secretaría de la Sala, a las partes, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 2213 de 2022.

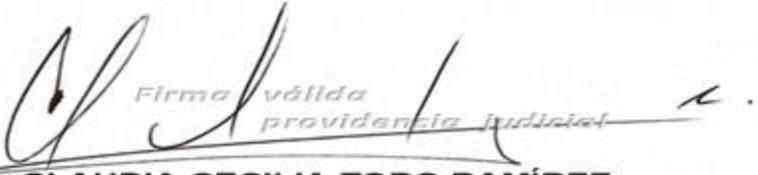
Los Magistrados



Firma válida  
providencia judicial

**LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES**  
**MAGISTRADO PONENTE**

**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**