

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, nueve (09) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CARLOS GABRIEL QUIÑONEZ QUINTERO
DEMANDADOS	1. A.F.P. PORVENIR S.A. 2. A.F.P. PROTECCION S.A. 3. COLPENSIONES E.I.C.E.
RADICADO	19-001-31-05-001-2021-00145-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS - PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	SE ADICIONA el ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada y consultada para incluir dentro de los valores a devolver por PORVENIR S.A. a COLPENSIONES la indexación de los gastos de administración. Y, EN LO DEMÁS, SE CONFIRMA.

1. ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, la Sala Laboral, integrada por los Magistrados que firman al final, 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 las apoderadas judiciales de las partes demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES; **y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, contra la sentencia de primera instancia, de fecha veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022), proferida en audiencia de oralidad de trámite y juzgamiento por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA), dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

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

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende el demandante: **(i) Que se declare la ineficacia del traslado y afiliación realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad**, administrado por ING PENSIONES Y CESANTIAS, hoy AFP PROTECCIÓN S.A.; y el posterior traslado a PORVENIR S.A., por ausencia de información; y, en consecuencia; **(ii) se declare** que su afiliación al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, aún se encuentra vigente; **(iii) se ordene a COLPENSIONES** recibir los aportes efectuados, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales -si los hubiere-, con los rendimientos que se hubieren causado; **(iv) se ordene** a la AFP PORVENIR S.A. y a la AFP PROTECCION S.A. trasladar a COLPENSIONES los valores de sus aportes, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales -si los hubiere- y sumas adicionales de la aseguradora, con todos los rendimientos que hubieren causado; **(v) Se condene** a las AFP PORVENIR S.A., y AFP PROTECCION S.A. a asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de su pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubiere incurrido; y **(vi) se condene** a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho (02. DEMANDA Y ANEXOS, subcarpeta DDA

ORD LAB CARLOS GABRIEL QUIÑONEZ.pdf, del expediente digital de 1ª instancia).

Como ***fundamentos fácticos*** sostiene, nació el 27 de marzo de 1963 y su primera vinculación al RAIS se realizó ante ING PENSIONES Y CESANTIAS, adsorbida por la AFP PROTECCIÓN S.A., en el mes de octubre de 1999. Posteriormente, suscribió afiliación a PORVENIR S.A., desde el 01 de junio de 2003, hasta la fecha, habiendo estado afiliado al ISS, desde agosto de 1994, hasta septiembre de 1999.

Explicó, la afiliación a la AFP ING PENSIONES Y CESANTIAS se realizó por insinuación de su empleador y luego se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., tras la visita de un asesor al Hospital de Buenaventura Valle del Cauca, quien le ofreció un mejor rendimiento para su ahorro pensional, sin ninguna otra explicación que le permitiera elegir dentro de las distintas opciones posibles dentro del RAIS, o información sobre su posible regreso al RPM, y así garantizar una afiliación libre, por lo que se omitió manifestarle información suficiente, transparente, cierta y oportuna, permitiendo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, de tal manera que pudiera elegir después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos del oferente de servicios.

Que, PORVENIR S.A. realizó la proyección sobre la pensión de vejez, generando una mesada pensional por valor de \$1.272.400; la cual es inferior a la proyección en el RPM, de \$5.640.263; lo que afectaría su mínimo vital.

Señala que, tras tener en cuenta lo previamente narrado, presentó ante COLPENSIONES solicitud de traslado de régimen, la cual fue rechazada.

2.2. Contestación por PORVENIR S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, el apoderado de PORVENIR S.A., contestó la acción y se **opuso a todas las pretensiones**, bajo el argumento que el demandante es un sujeto

capaz a la luz del art. 1503 del C.C., quien conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 manifestó de forma libre y voluntaria su decisión de traslado, mediante la suscripción del formulario de vinculación dispuesto legalmente para tal fin, recibiendo una asesoría integral conforme las normas vigentes para la época, informándole las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional, por lo que señala que el acto de vinculación es válido por cuanto no se celebró en contra de una prohibición legal, no está inmerso en vicios del consentimiento, ni bajo engaños o coacción alguna (16. Contestación Porvenir, subcarpeta CONTESTACION CARLOS QUIÑONEZ.3.pdf, expediente de 1ª instancia).

Por demás, se alega la inaplicabilidad de los precedentes en materia de nulidades y trae a mención sobre los actos de relacionamiento, la teoría de los actos propios y “*la inversión de la carga de la prueba*” que se pretende imponer en esta clase de procesos, para aplicar a situaciones que tuvieron ocurrencia hace más de 18 años atrás, alegando que no existe un análisis ponderado y serio, toda vez que ésta en principio incumbe al demandante y, que en todo caso, en aplicación del sistema de la carga dinámica corresponde a quien tenga la capacidad de demostrar un hecho procesal, y, en el caso sub lite, es ausente por inexistente.

Propuso como excepciones de mérito: (1) prescripción, (2) prohibición legal de aplicar retroactivamente la Ley, (3) principio de confianza legítima, (4) falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, (5) buena fe, (6) inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, (7) prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, (8) innominada o genérica, (9) inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, y, (10) debida asesoría del fondo.

2.3. Contestación por PROTECCION S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, la AFP PROTECCIÓN S.A., a través de su apoderado judicial, contestó la acción y se

opuso a todas las pretensiones (21. CONTESTACION DEMANDA AFP PROTECCION S.A.pdf), teniendo en cuenta que la afiliación del demandante no existe con dicha AFP y tampoco se presentan aportes pendientes por devolver. Así mismo, indicó que al demandante en la época de la afiliación a la AFP ING (hoy PROTECCIÓN) se le brindó una absoluta, profesional y verdadera asesoría.

Propuso como excepciones: (1) falta de causa en las pretensiones de la demanda, (2) carencia de acción y ausencia de derecho, (3) inexistencia de las obligaciones demandadas respecto de la administradora de fondos de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A., (4) cobro de lo no debido, (5) buena fe, (6) inexistencia de vicio del consentimiento que pudo inducir a error en la afiliación del demandante inicialmente a la AFP PROTECCION S.A., que traiga como consecuencia la anulación de esa afiliación, (7) prescripción y (8) genérica o innominada.

2.4. Contestación por COLPENSIONES:

La llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderada judicial (08.CONTESTACION_DEMANDA COLPENSIONES, subcarpeta Contestación Carlos Gabriel Quiñonez Quintero.pdf), 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 que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del RAIS al RPM, como quiera que en el expediente no se encuentra acreditado que al momento de efectuar dos traslados dentro del RAIS no se le hubiera brindado por parte de las AFP una debida asesoría, y dicho acto es resultado de la manifestación libre y voluntaria de una persona plenamente capaz; además de encontrarse PRESCRITA la acción correspondiente para dichos efectos.

En el evento de accederse a las pretensiones, solicita se ordene a las AFP trasladar a COLPENSIONES todos los valores generados como consecuencia de la afiliación en el RAIS; normalizar la afiliación en el Sistema de información de Administradoras de Fondos de Pensiones -SIFP-; y se ordene la devolución de aportes,

con la respectiva entrega del archivo y el detalle de aportes realizados durante su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS.

Excepciones de fondo: (1) inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación del demandante que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma; (2) retorno en cualquier tiempo al RPM, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera, (3) la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso; (4) errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del CC.; (5) indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales - vulneración del principio de la confianza legítima; (6) inoponibilidad por ser tercero de buena fe; (7) inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen; (8) se otorga un alcance que no corresponde al contenido de los decretos 663 de 1993 y 692 de 1994, en cuanto a la voluntad vertida en el formulario de afiliación; (9) responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; (10) sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; (11) improcedencia de la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados; y (12) prescripción.

2.5. Decisión de primera instancia:

El JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, (CAUCA), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento, el día veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA**, en la cual resolvió: **i) DECLARAR la INEFICACIA** del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, del RPM al RAIS, en el año 1999, a la AFP PROTECCIÓN (que absorbió a ING Pensiones en el año 2013); y, en consecuencia, **DECLARAR**

que para todos los efectos legales el afiliado-demandante nunca se trasladó al RAIS, y por lo mismo siempre permaneció en el RPM; **ii) CONDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.**, a que en el término improrrogable de (1) mes contado a partir de la ejecutoria de esa providencia, según sea el caso, **traslade a COLPENSIONES** los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, con el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos. Que, al momento de cumplir la orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique y deberán normalizar la afiliación en el sistema de información de las administradoras de fondos de pensiones -SIAFP-.

(iii) ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. normalizar la afiliación del demandante en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalle de los aportes del señor CARLOS GABRIEL QUIÑONEZ QUINTERO. También se dispone; **(iv) ORDENAR a COLPENSIONES** a reactivar de manera inmediata, una vez reciba los aportes del afiliado, recibir la devolución de los dineros ordenados; **(v) NEGAR** la prosperidad de las excepciones de mérito propuestas por COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN y la AFP PORVENIR S.A.; **(vi) CONDENAR** en **COSTAS** a las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR.

TESIS DE LA JUEZ: Al resolver los problemas jurídicos, considera que hay lugar a acceder a las pretensiones de la parte actora, ya que el fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A., quien tenía la carga de la prueba de demostrar que el afiliado si recibió la correspondiente asesoría y brindó la información completa y veraz sobre las consecuencias de traslado de régimen pensional, no lo demostró, por el contrario, la afirmación realizada en los hechos de la demanda cobra prueba y es claro que el afiliado no recibió la asesoría necesaria para conocer las características, las condiciones, las consecuencias y los riesgos del cambio de régimen.

Además, dijo que, no es plausible el argumento de que el afiliado firmó libre y voluntariamente el formulario de afiliación o traslado, en tanto que, como lo ha dicho la jurisprudencia laboral, la libertad presupone un consentimiento pleno de las consecuencias de una decisión y sin la información suficiente no hay autodeterminación.

Que, en ese orden de ideas, hay lugar a declarar la ineficacia de todos los traslados en el RAIS, es decir, nunca tuvieron efectos, pudiendo en consecuencia retornar el demandante al régimen de prima media; advirtiéndose que, a pesar del otro traslado de PROTECCIÓN a PORVENIR, no se demuestra que el demandante para ese momento contaba con los suficientes elementos de juicio para considerar que estaba ratificando su pertenencia al régimen de ahorro individual, por lo tanto, el acto jurídico quedó viciado desde el primer momento, es decir, el traslado de régimen es INEFICAZ.

Sobre el deber de información a cargo de los fondos de pensiones, y los efectos de su inobservancia; así como la inversión de la carga de la prueba en cabeza del fondo privado de pensiones, la Juez hace referencia a la Ley 100 de 1993, Decretos 663 de 1993 y 720 de 1994, así como las providencias de la Corte Constitucional (C-789 de 2002 y C-1024 de 2004), y de la CSJ-Sala Laboral (SL-1947-2017, SL-4964-2018, SL-4989-2018, SL-1452-2019 y SL-1688-2019).

Finalmente, consideró que, como se ha generado una ineficacia de la afiliación, la acción se torna imprescriptible (SL1689 de 2019).

2.6. Recurso de apelación de la AFP PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de Porvenir S.A. presenta recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, señalando que el deber de información aplicable a la fecha de vinculación se encuentra regulado en el literal b), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual prevé que la selección de cualquiera de los regímenes previstos es de manera libre y voluntaria por parte del afiliado, quien manifiesta su elección por escrito al momento de la vinculación o traslado. Y, que a pesar de que la CSJ-SL ha

reconocido que debe aplicarse la norma vigente para el momento en que se produjo el traslado al RAIS, lo cierto es que se está dando un alcance de asesoría que no corresponde con la norma que regía dicho momento y se está aplicando retroactivamente la ley, es decir, se desconoce las reglas generales de aplicación de la ley en el tiempo (Sentencia C-239 de 2001).

Sustenta la apelante, resulta inequitativo que se haya trasladado la carga de la prueba al fondo de pensiones, ya que los afiliados no son “*afiliados legos*”, además, debieron haber solicitado la información necesaria para efectuar su traslado de régimen en tiempo. Agrega que, el afiliado tuvo diferentes oportunidades para regresar al RPM, la primera, con el derecho de retracto, y posteriormente, después de cinco (5) años, antes de que le faltaran diez (10) para pensionarse.

También sostiene, con la decisión emitida **se desconoce las reglas de las restituciones mutuas, con la orden de devolución de recursos como consecuencia de la declaratoria de ineficacia frente a los gastos de administración**. Es decir, alega que no es procedente su devolución porque estos fueron utilizados para la función normal de la administradora de inversión de esos dineros para que pudieran tener un rendimiento; lo que se generaría un enriquecimiento sin causa a favor del demandante y un empobrecimiento de Porvenir S.A.

Que, **tampoco puede ordenarse el traslado de recursos empleados para el pago de las primas de seguros provisionales** porque ellas ya fueron entregadas a las aseguradoras del mercado y no se encuentran en poder de la AFP, además, son destinadas a la comisión de los riesgos asegurados.

Así las cosas, **solicitó revocar la orden impartida en primera instancia en cuanto se refiere a gastos de administración y primas de seguros**.

2.7. Recurso de apelación de COLPENSIONES:

La apoderada de COLPENSIONES presenta su recurso de apelación frente a la orden impartida en primera instancia,

acogiéndose a la sentencia SL413 de 2018, sobre los actos de relacionamiento, señalando que existen elementos notorios que exponían la intención del demandante de trasladarse o permanecer afiliado al RAIS; además, señala que debe tenerse en cuenta que a pesar de que los fondos privados trasladen a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, se genera una afectación al sistema pensional por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados por los demás afiliados.

Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia.

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Respecto a los alegatos en segunda instancia, de acuerdo con la nota secretarial que precede, suscrita por el secretario de esta Sala Laboral (archivo #15, cuaderno de segunda instancia) y constatado el expediente digital, se recibieron escrito de alegatos por parte de las apoderadas judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., así:

3.1. Alegatos por parte de PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. allegó memorial de alegatos en dos oportunidades (06(12) AlegatosProtección y 12(12) AlegatosProtección), manifestando que el señor CARLOS GABRIEL QUIÑONEZ posterior a la información recibida manifestó mediante su firma plasmada en formulario de vinculación, su voluntad de afiliación y al haber permanecido por más de 19 años queda demostrado la intención y la decisión de permanecer en el régimen de ahorro individual al cual pertenece Porvenir, razón por la cual conforme a las normas vigentes para el año 2003 están dados todos los requisitos de Ley para la validez de la selección de régimen realizada por el demandante. Y, que, el juez de primera instancia está exigiendo a PORVENIR S.A. el cumplimiento de un deber de asesoría que no se encontraba vigente para la fecha en la que se

realizó el traslado del demandante. Por lo tanto, insiste en que no hay lugar a la ineficacia del traslado por falta de asesoría o consejo al afiliado.

De mantenerse la decisión, solicitó que no se ordene a la AFP PORVENIR S.A. trasladar los valores referentes a cuota de administración, toda vez que a la luz del artículo 1503 del C.C. el demandante es una persona capaz y al haber firmado el formulario de vinculación se formalizó el trámite conforme a la regulación vigente para la época y se generaron obligaciones recíprocas para ambas partes.

Finamente, manifestó que se debe considerar en estos casos las reglas de las restituciones mutuas.

3.2. Alegatos de COLPENSIONES:

La apoderada de Colpensiones al descorrer traslado del término para alegatos se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación (14(2)AlegatosColpensiones), manifestando que el fundamento de la sentencia de primera instancia es que la AFP no brindó la debida asesoría al demandante; pero, no se tuvo 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, pues esta es una carga que la jurisprudencia impuso, lo contrario, implica imponer cargas a los fondos no previstos por el ordenamiento jurídico, pues si la Ley no les exigía otros documentos como soporte de las asesorías mal podría ahora exigírseles.

De ahí que es necesario que el operador judicial considere que lo que está ocurriendo en los asuntos como el que nos ocupa no es porque el fondo privado incumplió sino porque ocurrió un cambio normativo.

Finalmente, Colpensiones concluye en sus alegatos que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en los términos en que fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de

2003, no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado que en su momento efectuó el actor, pues éste no hace parte de la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002 para retornar al RPM en cualquier tiempo.

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

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

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

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

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

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

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

5. ASUNTOS POR RESOLVER

Acorde con los recursos de apelación y para responder al grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala Laboral

resuelve los siguientes problemas jurídicos, los cuales se rigen por el **principio de consonancia** que gobierna la segunda instancia, por lo que, de entrada, hay que señalar que, no obstante los alegatos de conclusión constituyen la oportunidad procesal otorgada a las partes para que, si a bien lo tienen, manifiesten sus impresiones respecto de lo ocurrido en el trasegar de la instancia correspondiente, con ellos no se abre la posibilidad a las partes para adicionar o variar los cargos de la demanda o los fundamentos de la apelación.

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

5.1. Para dar respuesta al recurso de apelación por parte de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.:

¿Procede la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante CARLOS GABRIEL QUIÑONEZ QUINTERO, del RPM al RAIS?

Como asuntos asociados, se analizan los temas de: **(i)** el principio de la sostenibilidad financiera, **(ii)** el deber de información a cargo de las administradoras de fondo de pensiones y desde cuándo existe ese deber; **(iii)** la carga de la prueba en los casos de ineficacia de traslado de régimen pensional y, **(iv)** la teoría de los actos de relacionamiento, especialmente, si la ineficacia de traslado de régimen pensional incluye el posterior traslado dentro del régimen de ahorro individual, de ING PENSIONES Y CESANTIAS (hoy PROTECCIÓN S.A.) a AFP PORVENIR S.A., por parte del demandante.

5.2. De ser procedente la declaración de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, en respuesta a otro de los temas sustentado en la apelación por parte de PORVENIR S.A., se pasa a resolver:

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico la decisión de ordenar a Porvenir S.A. que traslade al RPM administrado por Colpensiones, los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales?

5.3. En sede de consulta en favor de Colpensiones, la Sala resuelve, (i) si resulta procedente la devolución de los gastos de administración indexados, (ii) la devolución de los aportes consignados en el fondo de pensión mínima y finalmente, (iii) se debe verificar también la legalidad de la negativa a la declaración de la excepción de prescripción alegada por la pasiva.

6. RESPUESTA A LOS RECURSOS DE APELACIÓN DE COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A., SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL:

TESIS DE LA SALA: La Sala concluye, se debe CONFIRMAR la declaración de INEFICACIA DEL TRASLADO, del RPM al RAIS, y, por ende, la decisión de permanencia del demandante en el RPM administrado hoy por COLPENSIONES, contenida en la sentencia apelada, porque la administradora de pensiones primigenia (ING PENSIONES Y CESANTÍAS, que luego pasó a ser el fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A.) al efectuar la asesoría para el traslado en el año 1999, no logró demostrar que cumplió con el deber legal del suministro de la información al demandante, en forma clara y suficiente, en cuanto a los efectos positivos y negativos que acarreaba el cambio de régimen pensional, al cual estaba obligada en el momento del traslado, como se explicará más adelante.

En consonancia, como lo ha adoctrinado la CSJ-SL, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando no todas participaron en el acto de afiliación inicial.

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

6.1. El legislador, en ejercicio de su potestad de configuración y en desarrollo del artículo 48 de la Carta, por medio del artículo 12 de la Ley 100 de 1993, diseñó un sistema de seguridad social en

pensiones tendiente a brindar protección a todos sus afiliados y a su grupo familiar ante las contingencias de invalidez, vejez o muerte, a través de dos regímenes excluyentes, regidos por el principio de la solidaridad:

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

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

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

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

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

¹ 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 de 1993, se disponen las sanciones, en el evento del incumplimiento de las reglas sobre libre escogencia del régimen pensional que le asiste al trabajador, o cuando ***“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa... ..”***

Y, además, expresamente se dispone que

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

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

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

En sentencia CSJ SL1452-2019, la CSJ Sala Laboral se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de

afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una *expectativa de pensión* o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

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

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

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

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

“3.2. Excepción de saneamiento de la nulidad relativa.

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

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

jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

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

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

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

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

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

“...los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una

sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.”

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

6.12. HECHOS PROBADOS RELEVANTES:

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

6.12.1. El demandante CARLOS GABRIEL QUIÑONEZ QUINTERO se afilió al RPM, a través del ISS (hoy COLPENSIONES) el 8 de noviembre de 1994, donde realizó aportes por un total de 7,71 semanas, según reporte de semana cotizadas en pensiones (Archivo 08. CONTESTACIÓN_DEMANDA COLPENSIONES, subcarpeta GRP-SCH-HL-66554443332211_2038-20210726081514.PDF, del cuaderno de primera instancia).

Luego solicitó traslado al RAIS, en una primera instancia, a través de la administradora de pensiones ING PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PROTECCIÓN S.A.) en fecha 29 de agosto de 1999 y el 01 de octubre de 1999 (fecha de inicio de efectividad) comenzó a cotizar en la AFP anteriormente nombrada, según certificación de ASOFONDOS (página 13, del archivo 21. CONTESTACION DEMANDA AFP PROTECCION), y tal afiliación es aceptada por PROTECCIÓN S.A. en su contestación.

Posteriormente, el demandante se afilió a la AFP PORVENIR S.A., mediante formulario de afiliación del día 27 de enero de 2003 (Archivo 16 CONTESTACION PORVENIR – Formulario afiliación CC 10482734.pdf), y así lo reafirma el certificado afiliación obrante en el archivo nombrado “Certificado afiliación CC 10482734.pdf”, el cual está ubicado en la carpeta #16, del cuaderno de primera instancia, plasmando el demandante su firma y aceptando la casilla que indica que dicha vinculación se hizo de forma libre y voluntaria.

Se aporta un formulario de solicitud de afiliación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, el 20 de junio del año 2012 (Archivo 16 CONTESTACION PORVENIR –Formulario afiliación HORIZONTE CC 10482734.pdf; y tal afiliación aparece registrada en el certificado de ASOFONDOS, antes referido, aunque no se observa tal traslado dentro del RAIS en la historia laboral consolidada de PORVENIR S.A., en ítem correspondiente a "semanas cotizadas en otras administradoras del régimen privado" (Archivo 16 CONTESTACION PORVENIR – Historia laboral RAIS CC 10482734.pdf). Es de anotar que HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS es hoy PORVENIR S.A.

Finalmente, el actor suscribió formulario de afiliación al RPM en fecha 5 de febrero de 2021 (Archivo 08 CONTESTACIÓN_DEMANDA COLPENSIONES documento GAF-FAF-AF-2021_1273252-202110205100759_.pdf, del cuaderno de primera instancia), pero, COLPENSIONES, a través de comunicado 2021_1273252-25981976 rechazó su solicitud por no ser procedente, ya que el demandante se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse (Archivo 08 CONTESTACIÓN_DEMANDA documento GEN-RES-CO-2021_1273252-202110205100759_.pdf).

Es de anotar, según certificado expedido por el Secretario General Ad Hoc, emanado de la Superintendencia Financiera, generado EL 20 de diciembre de 2018, aportado con los anexos a la contestación a la demanda (21.CONTESTACION DEMANDA AFP PROTECCION S.A..pdf, páginas 8 a XX – primera instancia), en el subtítulo denominado **CONSTITUCIÓN Y REFORMAS**, la Superintendencia Financiera de Colombia, por Resolución S.F.C No 1850 del 14 de noviembre de 2012, no objeta la fusión por absorción de ING

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía S.A. por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., protocolizada mediante escritura pública 2086 del 26 de diciembre de 2012.

Es por ello por lo que ING Pensiones y Cesantías ahora es PROTECCIÓN S.A.

6.12.2. La afiliación a PORVENIR S.A. se constata con el certificado de afiliación emitido por dicha administradora de pensiones, en el que consta:

“CARLOS GABRIEL QUINONEZ QUINTERO, identificado(a) con cédula de ciudadanía **10.482.734**, se encuentra afiliado(a) en el **Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir** desde el 01 de junio de 2003”. (Archivo 16 CONTESTACION PORVENIR – certificado afiliación CC 10482734.pdf – primera instancia).

6.12.3. Los diferentes traslados del RPM al RAIS y luego dentro del RAIS, se ratifican con el certificado de ASOFONDOS (página 1, archivo:16.ContestacionPorvenir, subcarpeta certificación siafp Carlos Quiñonez.pdf), así:

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 3:58:32 PM

Afiliado: CC 10482734 CARLOS GABRIEL QUINONEZ QUINTERO [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 10482734

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	1995-06-28	2004/04/16	PORVENIR			1995-06-28	1999-09-30
Traslado de AFP	1999-08-29	2004/04/16	ING	PORVENIR		1999-10-01	2003-05-31
Traslado de AFP	2003-04-29	2004/04/16	PORVENIR	ING		2003-06-01	2012-07-31
Traslado de AFP	2012-06-20	2012/07/19	HORIZONTE	PORVENIR		2012-08-01	2013-12-31
Cesión por fusión	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

5 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 10482734

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1995-06-28	1995-06-13	01	AFILIACION	PORVENIR	
1999-08-29	1999-12-10	79	TRASLADO AUTOMATICO	ING	PORVENIR
2003-04-29	2003-06-05	46	CORRECCION FECHA AFILIACION	PORVENIR	
2003-04-29	2003-05-30	46	CORRECCION FECHA AFILIACION	PORVENIR	
2003-04-29	2003-05-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	ING

5 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

6.12.4. En su interrogatorio de parte, el señor Carlos Gabriel Quiñonez Quintero sostuvo que no conocía la sede donde

funcionaba ING PENSIONES, simplemente narró que cuando empezó a trabajar en PROFAMILIA, el empleador le suministró formulario de afiliación al fondo privado y que nunca recibió ningún tipo de asesoría.

Reconoció que ha revisado el extracto de pensiones de los últimos 5 años.

CONCLUSIONES:

1. Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados y las contestaciones de la demanda por parte de las accionadas, aparece debidamente probado que el demandante se afilió al RPM el 8 de noviembre de 1994 donde realizó aportes por un total 7,71 semanas; luego, se trasladó al RAIS, el 29 de agosto de 1999, para ese momento a ING PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PROTECCIÓN S.A.), efectuando posteriormente un traslado a PORVENIR S.A. (fondo privado) el 27 de enero de 2003 y luego de PORVENIR S.A. a HORIZONTE, en el año, estando vigente la afiliación actual a la AFP PORVENIR S.A., en virtud de la cesión que se dio entre las AFP's PORVENIR S.A. y HORIZONTE.

2. Por otra parte, del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados con la demanda y su contestación, esta Sala advierte que el primigenio fondo de pensiones ING PENSIONES Y CESANTÍAS, con quien el demandante realizó el traslado del RPM al RAIS, entidad que hoy se encuentra representada a través de PROTECCIÓN S.A., como consecuencia de los cambios estructurales -absorción y fusión- que sufrió ING PENSIONES Y CESANTÍAS, no logró demostrar en el proceso que para el año 1999 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 señor Carlos Gabriel Quiñonez Quintero 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 decidir si acepta, o no, el traslado.

Este deber de información clara y completa de los dos regímenes, sí estaba vigente para la fecha del traslado, en el año 1999, cuando se dio la afiliación y traslado efectivo de régimen pensional a ING PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy Protección S.A.), acorde con la interpretación sistemática del literal b) del artículo 13, en conjunto con el artículo 271, ambos de la Ley 100 de 1993; en consonancia con los artículos 72, literal f) y numeral 1, del artículo 97, ambos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

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

En ese orden de ideas, la consecuencia jurídica de esta conducta procesal omisiva de la pasiva AFP PROTECCIÓN S.A. (antes ING PENSIONES Y CESANTÍAS), debidamente probada, no es otra que la prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sobre la **INEFICACIA JURÍDICA DEL ACTO O NEGOCIO DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS**, tal cual lo tiene decantado la CSJ-SL en recientes providencias.

3. Ahora, si bien el demandante efectuó dos traslados dentro del RAIS, de ING PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PROTECCIÓN S.A.) a la AFP PORVENIR S.A. y de la AFP PORVENIR S.A. a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PORVENIR), el mismo no convalida la decisión de cambio de régimen, ya que, la inscripción en ese esquema pensional es una sola, y, por lo tanto, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen

pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculada el actor en el RAIS, aun cuando, no todas participaron en el acto de afiliación inicial.

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

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

4. Por último, la Sala advierte que la decisión de declarar la ineficacia del traslado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, ni del régimen de prima media, puesto que 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 lo sostenibilidad financiera de dicho fondo.

5. Se precisa, la declaración de ineficacia de la afiliación al RAIS se configura sin importar si 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 (Consultar, entre otras, las providencias SL1688-2019 y SL2177-2021, de la CSJ – Sala Laboral).

6. Para responder a la apelación de COLPENSIONES, hay que decir que, ciertamente, la CSJSL, por ejemplo, en decisión del 15 de junio de 2021, SL2753-2021, radicación n.º 85104, de la Sala de Descongestión Nro. 4, sostuvo que *“los traslados horizontales dentro del Régimen de Ahorro Individual, es decir los cambios entre administradoras de fondos privados de pensiones, pueden considerarse como un acto de relacionamiento, lo cual permite suponer el deseo de continuar en dicho régimen.”*; criterio que parece contradictorio con la tesis pacífica que ha venido sostenido la CSJSL y que es doctrina probable, sin embargo, también señaló que es una discusión inminentemente casuística que no pueden convertirse en reglas generales de criterio, sino en consideraciones intrínsecamente atadas a lo que se ponga de manifiesto dentro del litigio; y, en este caso, al momento de efectuarse el traslado del demandante dentro del RAIS no contaba con todos los elementos suficientes para tomar la decisión que le conviniera, lo que conduce a que el acto jurídico de traslado sea INEFICAZ desde su nacimiento, además que, no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.

Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la declaración de ineficacia del traslado al RAIS, lo que cobija el posterior traslado dentro del RAIS.

7. RESPUESTA A LA APELACIÓN DE LA AFP PORVENIR SOBRE LA ORDEN DE DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y LAS PRIMAS DE SEGUROS PREVISIONALES.

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, pero se adiciona la indexación, porque, de no hacerlo, se produce una desmejora en el capital que va a recibir Colpensiones para financiar la pensión del demandante y de paso, se produce un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

Se confirman los valores ordenados trasladar y descontados con destino al fondo de garantía de la pensión mínima; al igual que lo referente a los bonos pensionales y los valores pagados por las primas de los seguros previsionales.

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 PORVENIR S.A., que de manera expresa solicita se le exima de la devolución, la Sala no avala tal pedimento por las siguientes razones:

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

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

SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”. (Negrilla fuera del texto original).

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

“También se ha dicho por la Sala que una vez se declara la ineficacia, debe la administradora de pensiones trasladar a Colpensiones, en este caso Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías, además del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración debidamente indexados, puesto que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)." (Se resalta con intención).

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

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

El mismo precedente atrás expuesto, sirve de sustento para confirmar la devolución de bonos pensionales (en caso de que estén en poder del fondo privado).

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

Y es que, según el precedente de la CSJSL, *"...el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las **restituciones mutuas** que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, **la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.**"* (SL3349-2021) – Negrilla por la Sala-

Así, la declaratoria de ineficacia conllevaría, entonces, a la devolución con efectos retroactivos de todos los recursos

acumulados en la cuenta de ahorro individual y que ordenó el juez, más los valores que esta Sala de Tribunal adicionará en virtud del precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la CSJ, con valor de doctrina probable.

7.2. En cuanto a la devolución del porcentaje de la cotización destinada a la garantía de pensión mínima: La Sala estima procedente en sede de consulta mantener la decisión de que PORVENIR S.A. proceda a su devolución, como quiera que dicha garantía se financia con el 1.5% de la cotización obligatoria que mes a mes debe realizar el afiliado al RAIS y que en virtud de la declaratoria de ineficacia y la figura de las restituciones mutuas, debe retornar íntegra al RPM.

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

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

obligatorias que mes a mes recibió a nombre del demandante Carlos Gabriel Quiñonez Quintero, 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 respuesta al segundo punto alegado por PORVENIR S.A. en su apelación, estima la Sala necesario abordar también el punto sobre la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR para la adquisición de los seguros previsionales, ya que son valores que hacen parte de la cotización y su devolución surge dentro de los efectos de la inexistencia del traslado, como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, y por eso es que la Corte Suprema de Justicia a lo largo de su jurisprudencia ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la inexistencia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

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

Lo anterior 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 Porvenir no devuelva el valor de las primas de los seguros previsionales, implicaría la violación directa del

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

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

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

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verifica si procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha del traslado y la presentación de la demanda, transcurrió más de tres años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 1999.

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

derechos a la seguridad social y libre escogencia de régimen del actor.

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

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

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

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

9. COSTAS

En aplicación del numeral 1° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, procede la condena en costas en esta instancia, a cargo de las entidades apelantes AFP PORVENIR S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, por cuanto no tuvo prosperidad sus recursos de apelación.

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

10. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el **ORDINAL SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia de fecha veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022), proferida en audiencia de oralidad de trámite y juzgamiento por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA), dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor CARLOS GABRIEL QUIÑONEZ QUINTERO contra COLPENSIONES Y OTROS, en el sentido de ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. que proceda también a devolver y depositar a COLPENSIONES los gastos de administración indexados, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

CUARTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** la presente sentencia a las partes por **ESTADO ELECTRÓNICO**, para su

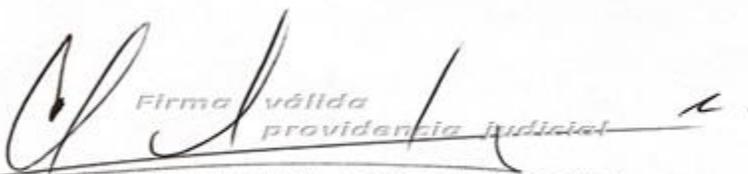
Proceso Ordinario Laboral. Apelación sentencia y consulta. Expediente Radicado Nro. 19-001-31-05-001-2021-00145-01. CARLOS GABRIEL QUIÑONEZ QUINTERO-vs-COLPENSIONES Y OTROS. Sentencia.

conocimiento, con inserción de la providencia, de conformidad con el artículo 9° de la Ley 2213 de 2022.

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

Los Magistrados,


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


Firma válida
providencia judicial
CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL


Firma válida
providencia judicial
CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL