

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	FLORINDA PILLIMUE ULCUNCHE
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. 2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. – AFP PORVENIR S.A.
MINISTERIO PÚBLICO	FRANCIA ELENA BELALCÁZAR CHAVES Procuradora 12 Judicial I para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social.
RADICADO N°	19-001-31-05-002-2021-00304-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA	INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN INICIAL AL RAIS – EFCTOS Y PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	SE MODIFICA el ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada y consultada, únicamente para declarar la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, de la demandante. SE ADICIONA Y ACLARA el ORDINAL CUARTO de la sentencia apelada y consultada, ÚNICAMENTE CON RESPECTO A LA DEMANDANTE FLORINDA PILLIMUE ULCUNCHE, para adicionar dentro de los valores a devolver por PORVENIR S.A. a COLPENSIONES la indexación de los gastos de administración, las sumas depositadas en el fondo de garantía de pensión mínima y las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales y, se

	<p>aclara que la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras es <u>siempre</u> que se hayan causado.</p> <p>EN LO DEMÁS, SE CONFIRMA.</p>
--	---

1. ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, la Sala Laboral, integrada por los Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado Ponente, procede a proferir sentencia escrita que resuelve los **RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los apoderados judiciales de las partes demandadas** AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y **el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES**, contra la sentencia del veintiséis (26) de mayo de dos mil veintidós (2022), proferida en primera instancia, en audiencia de oralidad de trámite y juzgamiento, por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO 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 la demandante: (1) se **DECLARE la ineficacia y/o nulidad de la afiliación que realizó a PORVENIR S.A.**, por no existir libre voluntad, ni la información completa para tomar dicha decisión, tampoco se le asesoró suficientemente para afiliarse a dicho régimen pensional; y, en consecuencia, (2) se **ORDENE** a COLPENSIONES a recibirla, por virtud de su regreso automática al RPMPD, (3) se **CONDENE** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta de ahorro individual que hubiere recibido, a título de cotizaciones, rendimientos financieros,

bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y (4) se **CONDENE** en costas y agencias en derecho a la parte demandada (03Demanda).

Como **fundamentos fácticos** sostuvo, presta sus servicios para el Departamento del Cauca, Secretaría de Educación, desde el día 02 de enero de 1998, quien la afilió directamente y sin existir asesoría para tomar su decisión libre, consiente y voluntaria, además, recalca que no se le realizó asesoría matemática ni financiera, no contó con la información suficiente para afiliarse al RAIS.

Sostiene que elevó solicitudes que le permitieran trasladarse a COLPENSIONES, pero, hasta la fecha las entidades no han dado respuesta alguna.

2.2. Contestación por PORVENIR S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, PORVENIR S.A., a través de su apoderada judicial, contestó la acción y se **opuso a todas las pretensiones**, bajo el argumento que la demandante 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, recibiendo una asesoría integral conforme las normas vigentes para la época. Señala que el acto de vinculación es válido al no estar inmerso en vicios del consentimiento, además, agrega que solamente hasta la expedición de la Circular 016 de 2016 surgió para las AFP la obligación de guardar los soportes documentales y por ello antes de dicha fecha las asesorías eran verbales.

Expresa que, la afiliación de la demandante fue realizada conforme a la norma y jurisprudencia vigente, esto es, con fundamento en el Decreto 663 de 1993, Decreto 692 de 1994 y Decreto 1161 de 1994.

Propuso como **excepciones de mérito** las que denominó como: (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 al demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y (10) debida asesoría del fondo (10Contestación Porvenir FLORINDA PILLIMUE C.C.39540612, Expediente de 1ª instancia).

2.3. Contestación por COLPENSIONES:

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderado judicial y luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda se **opuso a todas las pretensiones**, al considerar que las mismas no se encuentran relacionadas con actuaciones administrativas emitidas por la entidad a la que representa, pues, la AFP es un tercero de buena fe que no participó en el acto jurídico de traslado que efectuó la demandante.

Considera que no es procedente la nulidad y/o ineficacia del traslado del RAIS al RPM porque la demandante lo realizó de manera libre, informada y consiente, además, agrega que la valoración de la asesoría al momento de brindar la información para la afiliación debe hacerse bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado.

Pone de presente el Decreto 2241 de 2010 que establece el Régimen de Protección al Consumidor Financiero, el cual determina las obligaciones en cabeza de los afiliados que pertenecen al Sistema General de Pensiones y el artículo 1495 del C.C, bajo ese entendido, indica que no es dable que, atendiendo exclusivamente a las obligaciones de la AFP, se obre bajo un criterio de responsabilidad objetiva, desconociendo las obligaciones paralelas en cabeza de la demandante.

No obstante, lo anterior, en el evento de declararse la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al RAIS, solicita se ordene a PORVENIR

normalizar la afiliación en el sistema de información SIFP, así mismo, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes (...) (26CONTESTACION Colpensiones FLORINDA PILLIMUE, ibidem).

Excepciones de fondo: (1) Inexistencia de la obligación, (2) Indebida interpretación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional, (3) Inexistencia de vicio en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante que traiga como consecuencia la ineficacia o invalidez de la misma, (4) Imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos, (5) Buena fe, (6) Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, (7) Prescripción, (8) Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, (9) Juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado, (10) Improcedencia del cobro de costas a COLPENSIONES, (11) Improcedencia de la declaración de ineficacia y/o nulidad de traslado en casos en que el actor se encuentre pensionado o cumpliendo los requisitos para la obtención de la pensión, y, finalmente, (12) Innominada o genérica.

2.4. Intervención del Ministerio Público:

Estando el proceso en segunda instancia, se recibió concepto preliminar del Ministerio Público a través de la Procuradora 12 Judicial I para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social de San Juan de Pasto (Nariño), quien expresó que no le constan los hechos de la demanda, por lo tanto, se atiende a lo que se logre demostrar dentro del proceso.

Sin embargo, puntualiza en un hecho de la demanda referente a la pretensión de nulidad y/o ineficacia de afiliación al Régimen de Ahorro individual que se produjo el 2 de enero de 1998 y le llama la atención que en historia laboral aportada da cuenta que la afiliación al sistema general de pensiones se produjo un año atrás, en el mes de mayo de 1997, respecto del cual no se ha brindado ninguna información por parte del demandante (sic).

Señala que la AFP deberá acreditar que cumplió con su deber de suministrar información suficiente, transparente, cierta y

oportuna para garantizar de esta manera que el afiliado contara con los elementos necesaria para tomar su decisión.; y que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional trae como consecuencia que los fondos privados de pensiones deban trasladar a la administradora del régimen de prima media el capital ahorrado y los rendimientos financieros, así como los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades (Sentencia SL-1440 de 2021).

Se puede consultar el concepto anterior en el archivo 03(5)ConceptoPreliminarMinPublico20210030401, del cuaderno de segunda instancia.

2.5. Decisión de primera instancia:

El JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, (CAUCA), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento, concentrada, el día veintiséis (26) de mayo de dos mil veintidós (2022), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA**, en la cual resolvió, con respecto a la demandante en este proceso: **(1) DECLARAR** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, la **INEFICACIA del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad** que a partir del 02/05/1997 se atribuye a la señora FLORINDA PILLIMUE ULCUNCHE, identificada con la CC No. 39.540.612, a través de la AFP PORVENIR S.A., ante la ausencia de un consentimiento libre, voluntario e informado en la escogencia del régimen de ahorro individual; **(4)** Consecuencia de lo anterior, la accionante conservó su derecho a permanecer o a retornar al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por COLPENSIONES; **(5) CONDENA a PORVENIR S.A.** como última administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiese recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, gastos de administración, bonos pensionales si es del caso, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado. Estos valores se ordenan que deben ser recibidos por COLPENSIONES debido a la ineficacia. **(6) NIEGA** la excepción de prescripción propuesta en cada uno de

los procesos; y, finalmente, **(7) CONDENA** en costas a PORVENIR S.A.

TESIS DEL JUEZ: Sostuvo, en el caso de la señora FLORINDA PILLIMUE ULCUNCHE, de acuerdo con las pruebas aportadas, hay lugar a declarar la ineficacia del acto de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, en aplicación del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ante la ausencia de prueba en el cumplimiento de la obligación legal de una información clara y suficiente en la afiliación al RAIS.

En respuesta al interrogante, el Juez concluyó que en este caso la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS, a través de la AFP Horizonte, hoy PORVENIR S.A., a partir del 02 de mayo de 1997, y así lo certifica el fondo de pensiones; y al no surtir efecto dicha afiliación al RAIS, la asegurada queda en posibilidad de llevar a cabo una nueva afiliación sin que sea necesario o constituya una condición que con anterioridad al traslado se hubiese afiliado al RPMPD. Es decir, acoge lo dicho por el apoderado de COLPENSIONES en cuanto en este caso no se aplica el precedente jurisprudencial.

Sobre el deber de información a cargo de los fondos de pensiones, desde su creación, y los efectos de su inobservancia, así como la inversión de la carga de la prueba en cabeza del fondo privado de pensiones, el Juez basa su decisión en providencia de la CSJSL, SL1452-2019 (radicado nro. 68852), reiterada por la sentencia SL 4875-2020 (radicado nro. 85325); decisión SL1421-2019 (radicado nro. 56174), entre otras. Igualmente, el juez basó su decisión en normatividad vigente aplicable al caso (art. 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, art. 1604 del Código Civil, art. 97 del decreto 663 de 1993 y art. 13 CST).

Niega la excepción de prescripción alegada por las demandadas, ya que el traslado nunca produjo efectos.

2.6. Recurso de apelación de PORVENIR S.A.

La apoderada de la AFP Porvenir S.A. se opone a la sentencia de primera instancia, respecto de las siguientes decisiones:

1. Señaló que la vinculación de cada uno de los demandantes ocurrió en el año 1995, y, por lo tanto, dicha afiliación se realizó conforme a la norma y jurisprudencia vigente, es decir, se configura un acto válido, eficaz y libre de cualquier vicio del consentimiento, pues, se entregó información verbal clara, sin que por ello pueda decirse que no fue completa. Y, que, para esa época, la prueba idónea que respaldaba la voluntad de afiliación es el formulario de vinculación, por lo que, no es posible de manera retroactiva imponer obligaciones no vigentes.

Que, por otro aspecto, la demandante tiene un nivel de escolaridad y se encuentra plenamente capaz (art. 1503 del CC), además, tuvo diferentes oportunidades para trasladarse y no lo hizo, tampoco ejerció el derecho de retracto, optando por trasladarse al RPM por fuera del periodo de gracia otorgado, y, tener en cuenta que debe separarse del precedente relativo a la nulidad del traslado de régimen pensional, por no registrar vinculación anterior en el régimen de prima media.

Alega que, no resulta equitativo trasladar la carga de la prueba al fondo de pensiones, en la medida en que los afiliados no son “*afiliados legos*”, y pudieron haber solicitado la información necesaria para efectuar el traslado.

2. Considera que con la decisión emitida en primera instancia se está desconociendo las reglas existentes en materia de restituciones mutuas del artículo 1746 del Código Civil, y la orden de devolución de recursos que imparte el señor juez como consecuencia de la declaratoria de ineficacia frente a los gastos de administración no es procedente porque estos fueron utilizados para la operación normal de la administradora (artículo 20, ley 100 de 1993) y son los que hacen posible que los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual generen unos rendimientos, situación que claramente constituye un enriquecimiento sin causa, además que, al tratarse de obligaciones de hacer no es posible deshacer los efectos.

3. Dice que NO es posible tampoco que se pretenda que Porvenir S.A. devuelva lo que sea destinado para el cubrimiento de los riesgos asegurados (seguros previsionales), teniendo en cuenta que fueron entregados a las aseguradoras y no se encuentran en poder

de la AFP, siendo destinadas al cubrimiento de los riesgos asegurados de la invalidez o de la muerte.

2.7. Recurso de apelación de COLPENSIONES:

El apoderado de COLPENSIONES presenta su recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, alegando que la carga de la prueba no debe trasladarse a la administradora de fondos de pensiones.

Que, en esa línea de pensamiento, existe una indebida aplicación del artículo 1601 del Código Civil, en la medida que se aduce por la jurisprudencia que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, con lo cual se realiza una carga de la prueba a la administradora; pero, se olvida que en los términos del decreto 2241 de 2010, el afiliado también tiene la obligación de asesorarse, con lo cual le es aplicable el artículo 1601 del Código Civil.

Que, además de estas obligaciones, el silencio se entiende como una ratificación de la decisión de permanecer en un régimen y que ciertas actuaciones de los demandantes como lo es el pago de la seguridad social denotan que efectivamente se encuentran debidamente informados.

Sostiene, se está desconociendo lo preceptuado en el artículo 167 del CGP, bajo la cual la carga de la prueba puede cambiar de acuerdo con la facilidad de la parte para demostrar, y, que, al momento de determinar la carga de la prueba el juzgador debe tener en cuenta la condición de cada uno de los demandantes y su conocimiento acerca del sistema conforme lo preceptuado en la sentencia T-422 del 2011, donde para determinar la validez del traslado la Corte Constitucional tuvo que tener en cuenta el nivel educativo del afiliado.

Igualmente, alega que a pesar de que el fondo privado traslade a Colpensiones la totalidad de aporte, rendimientos y gastos de administración, se genera una afectación en el sistema pensional por cuanto no debe ser subsidiado bajo los recursos ahorrados de

manera obligatoria por los afiliados a costa de este esquema dado que el periodo de permanencia obligatorio contribuye al logro de los principios de universalidad, eficiencia, intangibilidad y sostenibilidad del sistema.

Finalmente, solicita se revise el fallo para que en su lugar sea revocado y sean aceptadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Respecto a los alegatos en segunda instancia, de acuerdo con la nota secretarial que precede (archivo #15, expediente digital 2da instancia, 15(1)NotaADespachoEjecAPELYCONSVencidoTrasladoNoComunAlegatosDRLEONIDAS) y, constatado el expediente digital, se observa que ambas entidades demandadas presentaron memorial para alegar de conclusión en segunda instancia.

Sin embargo, **los alegatos presentados por la AFP PORVENIR S.A. son extemporáneos**, como quiera que el auto que corrió traslado para alegatos se profirió por el magistrado ponente el día 08 de septiembre de 2022 (archivo #09, ibidem) y fue notificado a través de estados electrónicos Nro. 146, el 09 de septiembre de 2022 (10(2)Estado146septiembre09de2022), lo que significa que las partes apelantes tenían cinco días hábiles siguientes a dicho estado para presentar el escrito de alegatos, los cuales corrieron del 12 de septiembre al 16 de septiembre de 2022, y PORVENIR S.A. presentó sus alegatos por correo el 19 de septiembre de 2022 (13(1)CorreoRemiteAlegatosPorvenir), esto es, por fuera de la oportunidad que tenía para presentarlos y, por lo tanto, no se tendrán en cuenta.

Alegatos de Colpensiones:

Colpensiones a través de su apoderado judicial presentó oportunamente alegatos (12(8)AlegatosColpensiones), solicitando que se declaren probadas las excepciones de fondo propuestas con la contestación de la demanda, asimismo que se revoque la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo

Laboral del Circuito de Popayán, el cual declaró la ineficacia del traslado, y, que, en consecuencia, se dé por terminado el proceso. Finalmente solicita se condene a la parte demandante en costas del proceso.

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 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 los recursos contra la sentencia de primer grado.

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

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

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

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

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

5. ASUNTOS POR RESOLVER

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

resuelve los siguientes problemas jurídicos, los cuales se rigen por el **principio de consonancia** que gobierna la segunda instancia, por lo que, de entrada, hay que señalar, 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 a los recursos de apelación por parte de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.:

¿Procede la declaración de ineficacia del traslado de la demandante FLORINDA PILLIMUE ULCUNCHE, al RAIS, declarada por el Juez de Primera Instancia?

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 y/o afiliación al RAIS, **(iv)** la teoría de los actos de relacionamiento, y **(v)** si la actora estuvo afiliada al RPM.

5.2. De ser procedente la declaración de ineficacia del acto de traslado y/o de afiliación al RAIS, 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 del Juez de ordenar a Porvenir S.A. que traslade al RPM administrado por Colpensiones, los gastos de administración?

Si bien PORVENIR S.A. se queja de la orden de devolución de las primas de las primas de los seguros previsionales, esta orden no fue dada por el Juez. En todo caso, en virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES y

como se ha hecho en otros casos similares por esta Sala, se estudiará:

¿Cuáles valores se deben ordenar trasladar del fondo privado PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, para garantizar la estabilidad financiera del sistema de pensiones, y si dentro de esos valores se debe incluir o no las primas de los seguros previsionales?

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

6. RESPUESTA A LOS RECURSOS DE APELACIÓN DE COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A., SOBRE LA INEFICACIA DECLARADA EN PRIMERA INSTANCIA:

Tesis de la Sala: La respuesta al primer interrogante sobre la declaratoria de la INEFICACIA **es positiva**, ya que correspondía al fondo privado demostrar que la vinculación inicial de la demandante a dicho régimen pensional fue una decisión libre, informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias. Al incumplir con esa carga probatoria, resulta procedente declarar la ineficacia pretendida en el introductorio.

Pero, se modificará el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, únicamente para declarar **la ineficacia de la afiliación al RAIS**, al no existir afiliación previa al RPM.

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas jurídicas y fácticas, ya expuestas en precedente horizontal por esta Sala¹:

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

¹ Sentencia del 22 de septiembre de 2022, radicado Nro. 190013105001-2021-00095-01, siendo demandante el señor ELKIN JAVIER IDÁRRAGA GRANDA, con ponencia de la Dra. Claudia Cecilia Toro Ramírez.

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 ley². 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:

² 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.”

(... ..)

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 original³, atendiendo al hecho de que la afiliación se produjo en el año 1997:

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

³ Téngase en cuenta que ese literal modificado por el artículo 138 de la Ley 1753 de 2015.

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 de la afiliación en el año 1997, 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.”

La obligación sobre el deber de **“información a los usuarios”**, que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, es una obligación que existe desde la versión original del EOSF.

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

En tales decisiones, tratándose de traslado de régimen pensional, la CSJSL ha sostenido en los eventos de afiliación desinformada, que la sanción es la **ineficacia**.

En reciente decisión contenida en la sentencia del 06 de marzo de 2023, SL-563-2023, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Nro. 02, hizo un recuento de la línea jurisprudencial vigente en materia de traslado de régimen de pensiones y expuso

la siguiente **doctrina probable** construida en torno a esa normativa:

1. Que el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, ha de abordarse desde la institución de la **ineficacia**, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas de retornar las situaciones a su estado inicial, por cuanto, en ese específico aspecto, debe acudirse a lo regulado para las nulidades sustanciales en el artículo 1746 del CC (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021).
2. Que, en ese caso, la carencia de efecto en la escogencia del RAIS impone el retorno al RPMPD de todos los emolumentos que en ese régimen se percibió (capital, rendimientos, cuotas de administración y comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros provisionales), de forma plena retroactiva e indexada, lo que incide en las inscripciones posteriores en diferentes AFP que administraren esos recursos (CSJ SL2877-2020, CSJ SL5595-2021 y CSJ SL2369-2022).
3. Que, por lo anterior, es inadecuado *i)* exigir a los reclamantes demostrar la existencia de vicios del consentimiento (CSJ SL4360-2019); *ii)* considerar que lo que se configura es un error de derecho que no invalida el acto (CSJ SL2279-2021) y, *iii)* encontrar saneada la omisión endilgada en los actos de relacionamiento (CSJ SL1561-2022) o por el desinterés del potencial afiliado en conocer más datos sobre el sistema o en el grado de instrucción del mismo (CSJ SL3349-2021).
4. Que el deber de información en cabeza de las entidades de seguridad social, pese a su evolución normativa, siempre ha aparejado la obligación imperativa de suministrar una asesoría clara, necesaria y transparente al afiliado (CSJ SL1688-2019), esto es, de entregar la descripción comparada, en lenguaje simple y comprensible *«de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones»* (CSJ SL1452-2019).
5. Que corresponde a la demandada demostrar que para el momento en que ocurrió el cambio de régimen, brindó al peticionario la ilustración necesaria y suficiente, porque la denuncia de que ello no sucedió es una negación indefinida que invierte la carga de la prueba y, en todo caso, según el artículo

1604 del CC, es a aquella a quien le corresponde acreditar el deber de diligencia (CSJ SL1688-2019).

6. Que, por consiguiente, *«[...] el simple diligenciamiento del formulario no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia»* (CSJ SL3778-2021).
7. Que, para pretender la ineficacia de la decisión de migración, no es necesario que *«[...] el afiliado deba sufrir un perjuicio, ni ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información»* (CSJ SL4373-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL1467-2021 y CSJ SL1465-2021)."

De acuerdo con la sentencia anterior (decisión SL563-2023), la jurisprudencia únicamente ha encontrado límite a la declaración de ineficacia del acto de migración en reflexión, en los casos en los que el afiliado ha consolidado un derecho, esto es, tiene la condición de pensionado, por cuanto en ese evento, *«[...] ello daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto»* (providencia CSJ SL373-2020, al abandonar *«[...] el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989»*).

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 de la afiliación, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado.

Así se consigna en la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019. 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. Según esta sentencia, *«[...] La ineficacia excluye todo efecto al acto.»* Esta línea se reitera en las providencias SL2422-2019 y CSJ-SL1440-2021, entre otras.

6.11. HECHOS PROBADOS RELEVANTES:

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

6.11.1. Que, según certificado de Asofondos, sobre el historial de vinculaciones de la demandante (15VINCULACIÓN SIAFP CC 39540612 (1)), la señora FLORINDA PILLIMUE ULCUNCHE estuvo primariamente afiliada a HORIZONTE y, por razón de la figura de la cesión por fusión, pasó de HORIZONTE a PORVENIR, entidad en la que actualmente está afiliada.

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 11:18:45 PM
Afiliado: CC 39540612 FLORINDA PILLIMUE ULCUNCHE [Ver detalle](#)

Vinculaciones para : CC 39540612							
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	1997-05-01	2004/04/16	HORIZONTE			1997-05-02	2013-12-31
Cesión por fusión	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

6.11.2. Según certificación de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., la demandante se afilió a la AFP PORVENIR S.A. **desde 02 de mayo del año 1997** (18CERTIFICADO AFILIACIÓN CC 39540612 (1), del cuaderno de primera instancia).

La AFP PORVENIR S.A. trajo formulario de afiliación al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE (antes PORVENIR), Nro. 99-1046738, debidamente diligenciado por la accionante, esto es, con su rúbrica o firma, pero, en este formulario aparece como fecha de solicitud el 01 de julio del año 2000, con la anotación de **vinculación inicial**, y no fue tachado ni objetado por la parte contra quien se aduce (13FORMULARIO AFILIACION CC 39540612).

Lo anterior se constata con el movimiento de aportes a pensión en el RAIS (11RELACIÓN APORTES CC 39540612 (1), el cual se trae a mención, así:



SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS
Relacion de aportes

Cédula	39540612	Nombre	FLORINDA PILLIMUE ULCUNCHE	Numero Cuenta	6336020
Dirección	CL 7 32 50 BQ SAN	Ciudad	POPAYAN	Departamento	CAUCA
Estado Afiliado	VIGENTE	SubEstado Afiliado	INICIAL	Fecha Generación Informe	2022/03/31
Fecha Afiliación	1997/05/01	Fecha Efectividad Afiliación	1997/05/02	Tipo de Vinculación	VINCULACION INICIAL

Según historia laboral consolidada de la AFP PORVENIR (16HL CONSOLIDADA RAIS CC 39540612) la demandante cuenta con 1.268 semanas cotizadas en PORVENIR y cero(0) en otras administradoras o cajas.

CONCLUSIONES:

1. Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados y las contestaciones de la demanda, aparece debidamente probado que la actora ha cotizado toda su vida laboral en el RAIS y se afilió de forma efectiva desde el 02 de mayo de 1997.

Al Régimen de Prima Media no se encuentra en el plenario medio de convicción que demuestre afiliación efectiva por parte de la señora FLORINDA PILLIMUE ULCUNCHUE, ya sea a través del I.S.S., hoy COLPENSIONES, y menos aún, de alguna Caja de Previsión Social.

En consecuencia, deviene evidente que: i) Previo a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y con posterioridad a ello, LA demandante no estuvo afiliada al RPM; y ii) su afiliación inicial al Sistema General de Pensiones se dio en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de HORIZONTE (hoy PORVENIR S.A.)

Entonces, la ineficacia de esa vinculación inicial al S.G.P. constituye el litigio en este asunto. Por ende, corresponde a la Sala

analizar si es procedente la ineficacia de la afiliación inicial efectuada por la hoy demandante al Régimen de Ahorro Individual.

2. Frente a la afiliación inicial al Sistema General de Pensiones, deviene precisar que dicho acto se da por una sola vez y ostenta un carácter permanente en el tiempo (artículo 13 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.2.1.2. del Decreto Único Reglamentario No. 1833 de 2016).

En tal contexto, colige la Sala que los parámetros analizados en precedencia, referentes al deber de información por parte de las AFP's a sus posibles afiliados en materia de ineficacia de traslado, pueden extenderse al presente caso, toda vez que las citadas obligaciones legales para las administradoras, se predicán frente al acto jurídico, sea de afiliación inicial o de traslado de régimen, en el que prevalece el derecho del usuario de tomar una decisión libre y voluntaria, que se recuerda, requiere ser debidamente informada.

En ese orden de ideas, los argumentos expuestos por la pasiva no tienen vocación de prosperidad.

3. Nótese que, revisado el material probatorio adosado al plenario, se advierte que brillan por su ausencia aquellas conductas que conduzcan a determinar que la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR S.A.), al momento de la vinculación inicial de la accionante al RAIS, le hubiere brindado la información y asesoría suficiente para llevar a cabo tal acto. Si bien la actora suscribió el formulario de afiliación, del mismo no se deduce que los asesores de la AFP le hayan informado lo necesario a fin de tomar una decisión tan trascendental, como lo era el fondo y el régimen al que podía vincularse y su futuro derecho pensional, explicándole los pormenores de los dos regímenes que subsisten. Por tanto, su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. En efecto, la simple firma del formulario y su contenido, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información

Y, con tal conducta procesal del fondo privado, cabe predicar que la demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable; ya que si se le explica desde el principio el manejo de la cuenta individual, que los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado, los factores que inciden en el monto de la pensión; la persona tiene una información precisa, con la cual puede deducir si acepta, o no, el traslado. Este deber de información clara y completa de los dos regímenes, sí estaba vigente para la fecha de la afiliación al RAIS, en el año 1997, 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).

4. Ahora, como la ineficacia tiene también su fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no puede perderse de vista que la última parte del inciso primero de dicha norma señala que la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

En este caso, se ha solicitado precisamente en las pretensiones la ineficacia de la afiliación al RAIS y con la petición incoada en el mes de septiembre del año 2000, ante COLPENSIONES, con el propósito de “regresar” a dicho régimen (página 16, 04AnexosDemanda), ha quedado suficientemente claro el deseo de la demandante de quedar afiliada a COLPENSIONES, por lo que no solo por la voluntad expresa de la trabajadora, sino por la obligación o deber de preservar derechos fundamentales como el de la seguridad social, así como el cumplimiento del principio o derecho a la tutela judicial efectiva, que implica preservar el derecho que pretendía ejercer de afiliarse al sistema; deberá reconocerse la afiliación de la promotora de la acción al entonces ISS, hoy COLPENSIONES, como administradora del Régimen de Prima Media desde la fecha en que se realizó la fallida vinculación al RAIS, ordenando el traslado de las cotizaciones y demás valores que se indicarán más adelante.

Adicionalmente, tal como lo ha sostenido esta Sala en caso similar⁴, de acuerdo con lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en pronunciamiento del 03 de septiembre de 2014, radicación No. 46292, solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada, es que el juzgador puede avalar el mismo. A los Jueces no nos debe bastar con advertir que existió una afiliación o traslado al RAIS, sino que es menester, para la solución, advertir que el mismo era válido⁵.

El argumento referente a que la accionante se mantuvo por varios años en el RAIS, no puede revalidar las deficiencias de la vinculación inicial que le son atribuibles al fondo privado (SL2953-2021). Lo anterior se atempera al amplio precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL-1688-2019, SL-1689-2019, SL4373-2020, SL4811-2020, SL3202-2021 y SL3035-2021), en las cuales presupone las directrices o subreglas pertinentes para que se configure la ineficacia del traslado de régimen, que a juicio de esta Sala de Decisión Laboral, son extensivas para la afiliación inicial. La reacción del ordenamiento jurídico a la vinculación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de afiliación o traslado (Arts. 271 y 272 Ley 100 de 1993).

5. Por último, la Sala advierte que la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación no lesionaría 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 descartaría

⁴ Sentencia del 22 de septiembre de 2022, radicado Nro. 190013105001-2021-00095-01, siendo demandante el señor ELKIN JAVIER IDÁRRAGA GRANDA, con ponencia de la Dra. Claudia Cecilia Toro Ramírez.

⁵ 8 “...tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable”.

para esta Sala la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

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

Colofón de lo expuesto, como la ineficacia de la afiliación inicial priva al acto jurídico de sus efectos a tal punto de considerar que nunca existió, la demandante obtendrá todos los beneficios del RPM.

Al tenor de todo lo expuesto, procede aceptar la declaración de ineficacia de la afiliación al RAIS, debiéndose modificar en tal sentido la orden impartida en el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, ya que en este caso no hubo un traslado de régimen pensional y, por lo tanto, no es dable declarar la ineficacia de un traslado inexistente si no de la ineficacia de la afiliación sin haber precedido el consentimiento informado que presupone una información completa y veraz suministrada por la AFP, que deriva en su ineficacia.

En ese orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS, se debe permitir a la demandante afiliarse al RPM con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, conforme su voluntad de selección.

7. RESPUESTA A LA ORDEN DE DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y DE LOS DEMÁS VALORES A DEVOLVER COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, PARA CONTESTAR LA APELACIÓN DE PORVENIR Y LA CONSULTA:

Tesis de la Sala: Resulta procedente confirmar la sentencia de primera instancia que ordenó la devolución de las comisiones cobradas por la administración de la cuenta individual, porque, de no hacerlo, se produce una desmejora en el capital que va a recibir Colpensiones para financiar la pensión de la demandante y de

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

Se confirman los valores ordenados trasladar y descontados por concepto de sumas adicionales de la aseguradora; al igual que los bonos pensionales; pero, se debe aclarar que las sumas adicionales de las aseguradoras sólo proceden en el evento en que se hubieran causado.

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

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

7.1. En relación con 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 la señora FLORINDA PILLIMUE permaneció afiliada a ese fondo privado, por vía de la aplicación de la doctrina probable emanada de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiterada por ejemplo en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, al afirmar:

*“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. **Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga [a] las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos***

recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)". (Negrilla fuera del texto original).

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

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

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

previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)."

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

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

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

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

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

Entonces, como la ineficacia comporta el desconocimiento de los efectos jurídicos del acto de traslado desde el mismo momento en que aquél pretendió materializarse, siendo consecuencia obligada la devolución de la cotización completa, aunque en su momento la misma haya sido distribuida en la forma indicada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, así como también los rendimientos financieros causados en vigencia de la afiliación efectuada de manera irregular, como quiera que de no haberse presentado, en el RPM la cotización también habría obtenido rendimientos, se habrá de ADICIONAR la parte resolutive de la

sentencia consultada, por ser procedente la devolución por parte de la AFP Porvenir S.A. de las sumas que haya descontado con destino a la garantía de pensión mínima, de las cotizaciones obligatorias que mes a mes recibió a nombre de la demandante FLORINDA PILLIMUE ULCUNCHE, en tanto se trata de un rubro que en la actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada.

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

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

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

7.4. También estima la Sala necesario abordar el punto sobre la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR para la adquisición de los seguros previsionales, ya que son valores que hacen parte de la cotización y su devolución surge dentro de los efectos de la inexistencia de la afiliación, 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 de la afiliación, se pueda echar mano a la validez de un contrato de seguro con un tercero, que es una relación jurídica ajena al proceso, de la cuál si surgiere algún derecho u obligación, debería resolverse en proceso aparte entre las partes interesadas.

Lo anterior, porque, el valor de las pólizas de seguro se saca del 3% de la cotización, destinado para el pago de las mismas y los gastos de administración, pero nunca de la cuenta individual del afiliado y conforme lo dispone el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS comprende el conjunto de entidades, normas y procedimientos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, los cuales están a cargo de Porvenir independientemente de cómo se financien, que en el caso de la pensión de sobrevivientes y de invalidez, se financian con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional, el bono pensional (si a ello hubiere lugar) y la suma adicional, que estará a cargo de la aseguradora.

De ahí que, permitir que Porvenir no devuelva el valor de las primas de los seguros previsionales, implicaría la violación directa del artículo 1746 del Código Civil, aplicable según la jurisprudencia y como se explicó anteriormente, a la figura de la inexistencia, en tanto las dos figuras dan a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, máxime, cuando en este proceso tampoco se ha demostrado que se contrató el seguro previsional ni el valor de la póliza que es colectiva y de participación, conforme al artículo 108 de la Ley 100 de 1993 y

menos, cuál es el valor que de la respectiva prima de seguros que corresponde para que se pudiera proferir una decisión en concreto si llegare a ser procedente, por lo que también, por falta de prueba es imposible que no prospere lo referente a la devolución de las primas del seguro previsional, que como ya se dijo, se entienden incluidas en la devolución de la cotización completa al RPM. Es decir, en sede de consulta, se adiciona la sentencia consultada en este aspecto.

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

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

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verifica si procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha de la afiliación y/o vinculación inicial al RAIS 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 1997.

La Sala niega la declaración de la excepción de prescripción, como quiera, que en este caso no se declara la nulidad, sino la ineficacia del acto de la afiliación 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 una afiliación 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.

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

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

9. COSTAS

En aplicación del numeral 1° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, procede la condena en costas en esta instancia, a cargo de las entidades apelantes y demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, por cuanto no tuvieron 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: MODIFICAR el **ORDINAL PRIMERO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, proferida el veintiséis (26) de mayo de dos mil veintidós (2022), en primera instancia, por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA), dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora **FLORINDA PILLIMUE ULCUNCHE**, contra **COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A.**, únicamente para declarar la **INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS**, de la demandante.

Es decir, para todos los efectos legales, se tendrá por ineficaz el acto de vinculación inicial al RAIS, a través de HORIZONTE (hoy PORVENIR S.A.); de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR Y ACLARAR el **ORDINAL CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, únicamente respecto del proceso ordinario laboral promovido por la señora **FLORINDA PILLIMUE ULCUNCHE**, **para adicionar dentro de los valores a devolver por la AFP PORVENIR S.A. a COLPENSIONES:** (i) la indexación de los gastos de administración, (ii) las sumas depositadas en el fondo de garantía de pensión mínima y (iii) las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales **y, se aclara que la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras es única y exclusivamente si dicho rubro se hubiere causado.**; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

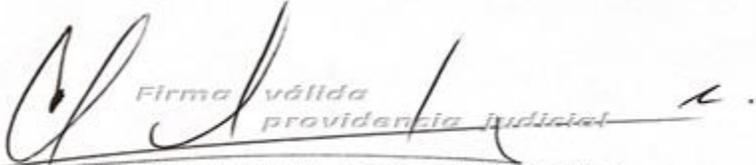
CUARTO: SE CONDENA en costas de segunda instancia a la AFP PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, a favor de la demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. Las agencias en derecho como se dijo en la parte motiva.

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

SEXTO: 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