

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JAIME DARÍO LÓPEZ CORTÉS
DEMANDADOS	1. A.F.P. COLFONDOS S.A. 2. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES 3. A.F.P. PROTECCIÓN S.A.
RADICADO N°	19-001-31-05-002-2021-00169-01
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 ORDENAR A PROTECCIÓN S.A. Y CONFONDOS S.A. DEBEN TRASLADAR A COLPENSIONES, CON CARGO A SUS PROPIOS RECURSOS <u>E INDEXADOS</u>, LOS DINEROS QUE COBRARON POR CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN, LOS VALORES UTILIZADOS PARA PAGO DE PRIMAS DE LOS SEGUROS PREVISIONALES Y LO DESTINADO AL FONDO DE GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, CAUSADOS MIENTRAS EL DEMANDANTE ESTUVO AFILIADO A ESAS ADMINISTRADORAS DE PENSIONES. 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 de esta Corporación Judicial, 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 la AFP PROTECCION S.A. y COLPENSIONES; así como el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, únicamente a favor de la entidad pública demandada COLPENSIONES, contra la sentencia del tres (03) de noviembre de dos mil veintidós (2022), en primera instancia, proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, CAUCA, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, promovido por el señor JAIME DARÍO LÓPEZ CORTÉS.

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

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende el demandante: **(i) se declare** la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual -RAIS-, administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., realizada el 10 de octubre de 1994 y el 01 de agosto de 2013, por vicios en el consentimiento y falta del deber de información; y, como consecuencia, **(ii) se ordene a la AFP PROTECCIÓN** trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, incluyendo bonos pensionales, rendimientos y demás sumas recaudadas desde el tiempo de su vinculación como aportes para la garantía de la pensión mínima y las cotizaciones destinadas a pagar las primas de seguros, indexados, hasta la fecha en que se trasladen las sumas referidas; **(iii) se ordene** a COLPENSIONES a recibir el valor equivalente a los bonos pensionales; y **(iv) se condene en costas** a las demandadas (03DemandaAnexos, expediente digital primera instancia).

Como ***fundamentos fácticos***, manifiesta que el actor cuenta con 62 años y empezó a aportar al sistema de pensiones, a través del antiguo ISS, hoy Colpensiones, desde el 20 de septiembre de 1984,

cuando ingresó a laborar en la Universidad del Cauca; y estuvo vinculado al régimen de prima media con prestación definida hasta el 10 de octubre de 1994, contando con 478,71 semanas cotizadas dentro del mismo.

Que, para esta última fecha, se generó un traslado a la AFP Protección S.A., por desconocimiento y engaño por parte de funcionarios de dicha AFP, quienes no le otorgaron la información precisa y adecuada sobre las características, condiciones, riesgos y consecuencias para efectuar el traslado de régimen pensional. Que, por tal motivo, esa afiliación al RAIS se encuentra viciada en su consentimiento.

Añade que, el 5 de febrero de 2021 elevó derecho de petición a la AFP Protección S.A., el cual fue negado el 11 de Marzo del mismo año, despachando de manera negativa la solicitud de traslado a Colpensiones. Que, de igual forma, presentó ante COLPENSIONES solicitud de traslado de régimen pensional el 9 de marzo de 2021, con resultados negativos.

2.2. Contestación de PROTECCIÓN S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, la AFP PROTECCIÓN S.A., a través de su apoderado judicial, contestó la acción y aceptó que el demandante se encuentra afiliado a dicho fondo pensional; pero, se **opuso a todas las pretensiones**, bajo el argumento que la afiliación del señor Jaime Darío López Cortés se efectuó, en la época, conforme a los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia. Que, además, se le brindó una asesoría profesional y verdadera.

Propuso como excepciones de mérito: (1) inexistencia de vicio del consentimiento que pudo inducir a error en la afiliación del demandante a la AFP PROTECCIÓN S.A., que traiga como consecuencia la anulación de la afiliación, (2) falta de causa en las pretensiones de la demanda, (3) carencia de acción y ausencia de derecho, (4) inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, (5) inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta

derechos de terceros de buena fe, (6) buena fe, (7) prescripción, y (8) genérica o innominada (pág. 1 a 8, 13Contestacion demanda Protección, expediente 1^a instancia).

2.3. Contestación de COLFONDOS S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, la AFP COLFONDOS S.A., a través de su apoderado judicial, contestó la acción y se opuso a todas las pretensiones, bajo el argumento que NO ES CIERTO que los fondos privados incurrieron en engaños al momento de entregarle la información al señor Jaime Darío López Cortés y que fue así como el afiliado decidió de manera libre y espontánea, con consentimiento informado, su traslado entre administradores.

Que, además, en el presente caso, no estamos en presencia de un vicio en el consentimiento.

Propuso como excepciones de fondo: (1) validez de afiliación a COLFONDOS S.A., (2) buena fe, (3) inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, (4) inexistencia de la obligación de trasladar los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES al haber sido trasladados a PROTECCIÓN S.A., (5) inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, (6) inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, (7) prescripción, (8) inexistencia de engaño y de expectativa legítima, (9) nadie puede ir en contra de sus propios actos, (10) compensación, (11) innominada o genérica (pág. 1 a 28, 15Contestacion demanda Colfondos, ibidem).

2.4. Contestación por COLPENSIONES:

El apoderado de COLPENSIONES contestó la demanda y manifestó no constarle la mayoría de los hechos. Además, se opuso a cualquier declaración que comprometa los intereses de la entidad pública, teniendo en cuenta que en estos asuntos Colpensiones es

un tercero de buena fe que no participó del acto jurídico de traslado que en su momento efectuó el demandante, máxime cuando la obligación para la entidad surge en el año 2014 con la Ley 1478 de ese mismo año, siendo en todo caso inoponibles los efectos jurídicos y adversos del traslado que celebró la demandante y a la AFP para la administradora.

Excepciones de fondo: (1) inexistencia de la obligación, (2) indebida interpretación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional, (3) imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos, (4) la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, (5) prescripción, (6) responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, (7) juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado, (8) improcedencia del cobro de costas a COLPENSIONES, (9) 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 (10) innominada (19Contestacion Colpensiones).

2.5. Decisión de primera instancia:

El JUZGADO SEGUNDO LABORAL DE POPAYÁN, CAUCA, se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el tres (03) de noviembre de dos mil veintidós (2022), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar SENTENCIA, en la cual resolvió: **(i) DECLARAR** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la INEFICACIA del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que a partir del 26/10/1994 con efectividad a partir del 01/11/1994 se atribuye al señor JAIME DARÍO LÓPEZ CORTÉS a través de la AFP PROTECCION S.A. y el posterior a través de la AFP COLFONDOS S.A. con efectividad a partir del 01/09/2010 con retorno a la AFP PROTECCIÓN S.A. con efectividad a partir del 01/08/2013; **(ii)** Consecuencia de lo anterior, el accionante puede retornar al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES y en consecuencia se **CONDENA** a AFP PROTECCIÓN S.A., como última administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones y rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje

correspondiente a los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

Estos conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, aportes e ingreso base de cotización. Estos valores deberán ser recibidos por COLPENSIONES en atención a la ineficacia que se declara en esa decisión judicial; **(iv)** negar la excepción de prescripción y **(v)** CONDENAR en costas a las AFP's PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A.

TESIS DEL JUEZ: Consideró que ante la ausencia de prueba que acredite el cumplimiento de la obligación legal de suministrar una información clara y suficiente en el traslado al régimen de ahorro individual que en su momento efectuara el demandante a través de la AFP PROTECCIÓN y posteriormente a través de COLFONDOS S.A., con retorno a la AFP PROTECCIÓN, hay lugar a declarar su INEFICACIA, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, sin que para el caso haya operado la prescripción de la acción.

Expone sobre el deber de información a cargo de las AFP y su inobservancia, sus efectos, carga de la prueba y del diligenciamiento del formulario, citando el literal b) del art. 13 y art. 271 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1604 del Código Civil, así como lo correspondiente a la libre movilidad entre regímenes y la jurisprudencia de la CSJSL (Se cita, por ejemplo, la sentencia SL1452-2019).

2.6. Recurso de apelación de PROTECCIÓN S.A.

El apoderado judicial de la AFP PROTECCIÓN S.A. presentó recurso de apelación frente a la orden impartida en la sentencia de primera instancia, respecto al punto que tiene que ver con la condena a la devolución de los gastos de administración, los seguros previsionales y lo descontado por garantía de pensión mínima.

En cuanto a los gastos de administración, alega que es un descuento autorizado por la ley, que opera para ambos regímenes,

por el tiempo en que el demandante ha estado afiliado en dicha administradora.

Que, además, Protección es una entidad experta en la inversión de los recursos de propiedad de los afiliados y que la buena gestión se evidencia con los rendimientos financieros que se han generado en la cuenta de ahorro individual, por lo tanto, no es procedente la devolución de este rublo, al tratarse de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros y como contraprestación esa buena gestión de administración; pues, de lo contrario, se configuraría un enriquecimiento sin causa en favor del demandante.

De igual forma, cuestiona la orden de restitución de las primas de seguros previsionales, porque esos seguros son adquiridos por las AFP en virtud de una obligación legal y dicho porcentaje fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio, quien es un tercero de buena fe.

Por lo anterior, la AFP solicita se modifique el ordinal de la parte resolutive que hace referencia a la condena a devolver a Colpensiones los dineros correspondientes a la comisión de administración y al pago del seguro previsional, ordenándose no incluir estos valores.

2.6.1. Recurso de apelación de COLPENSIONES:

El apoderado judicial de COLPENSIONES presenta recurso de apelación frente a la orden impartida en la sentencia de primera instancia, para que se REVOQUE dicha providencia y en su lugar se declaren probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, en atención a que la sentencia que se impugna hace mención a que COLFONDOS y PROTECCIÓN no demuestran dentro del proceso la información brindada respecto de la decisión de trasladarse de régimen, invirtiendo la carga de la prueba de esta manera y solicitando una prueba escrita a las demandadas, prueba que no obra dentro del expediente en atención a que el decreto que se encontraba vigente al momento del traslado no exigía que se dejara por escrito la asesoría brindada.

Resalta que la vinculación al RAIS o de cualquier otro régimen de administrar pensiones se hace de manera voluntaria y que para el caso que nos ocupa el demandante realizó dicha afiliación de forma libre y voluntaria dejando por escrito su elección al momento de vinculación o traslado.

Que, además, el demandante no es un afiliado lego y entendía las consecuencias que conllevaba la suscripción del contrato de afiliación.

Sostiene que, el demandante realizó traslados dentro del mismo régimen de ahorro individual y que realizó actos que demostraban su interés de permanecer en el RAIS como era la permanencia y los aportes de su seguridad.

Adicionalmente, considera, a pesar de condenarse a la AFP a trasladar a Colpensiones todo lo de la cuenta del demandante se genera una afectación al sistema pensional por cuanto nadie puede beneficiarse a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los afiliados a ese esquema, dado que para eso se establece el periodo de permanencia obligatoria, el cual contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia, a fin de garantizar el pago futuro de las mesadas y el reajuste periódico de las mismas.

Por tanto, Colpensiones solicita se revoque el fallo proferido en primera instancia.

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

De acuerdo con la nota secretarial, suscrita por el secretario de esta Sala¹, sólo se recibieron alegatos por parte de Colpensiones, las demás partes guardaron silencio.

El apoderado judicial de Colpensiones se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, alegando principalmente que la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar aspectos particulares de cada caso, por lo que no se

¹ 07(1)ADespachoEjecAdmVencTraslAlegatos20210016901, del cuaderno de segunda instancia del Tribunal.

configuran los elementos que permitan que el demandante pueda volver a ser parte del régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones. Que, además, el demandante es una persona que cuenta con la capacidad de entender y comprender las implicaciones de su traslado y no se acercó en algún momento a solicitar información a la administradora.

Por último, sostiene que se torna inviable la realización de los efectos de la ineficacia, por cuanto no es posible cesar los efectos jurídicos de las operaciones, contratos e inversiones que involucran terceros como aseguradoras, debiéndose revocar la sentencia apelada (06(8)AlegatosColpensiones, Cuaderno de 2ª instancia).

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

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

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. En virtud del recurso de apelación promovido por Colpensiones y el grado de consulta en favor de esta misma demandada:

¿Procede la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante JAIME DARÍO LÓPEZ CORTÉS, 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 la AFP PROTECCIÓN S.A. a AFP COLFONDOS, y el regreso a la AFP PROTECCIÓN, por parte del demandante.

5.2. De ser procedente la declaración de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, en respuesta al tema sustentado en la apelación por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., se pasa a resolver:

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico la decisión del Juez Primera Instancia, de ordenar a la AFP PROTECCIÓN que traslade al RPM administrado por Colpensiones, los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima?

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 examinará:

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

5.3. En sede de consulta en favor de Colpensiones, se debe verificar: (i) si hay lugar a la indexación de los conceptos ordenados devolver y (ii) si procede negar la declaración de la excepción de prescripción.

6. RESPUESTA AL RECURSO DE APELACIÓN DE COLPENSIONES Y LA CONSULTA, SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL:

La respuesta al primer interrogante **es positiva**, porque la administradora de pensiones AFP PROTECCIÓN S.A. al efectuar la asesoría para el traslado en el año 1994, incumplió con el deber legal del suministro de la información al demandante, en forma clara y suficiente, en cuanto a los efectos positivos y negativos que acarrearía el cambio de régimen pensional, al cual estaba obligada en el momento del traslado.

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 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*

² Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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:

“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 original³, aplicable al presente caso en tantos los hechos que lo motivan acaecieron en el año 1994 (año del traslado de régimen), el traslado entre los dos regímenes pensionales sólo se puede realizar por una sola vez cada tres (3) años contados desde la selección inicial.

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

6.5. Por medio del artículo 60 de la Ley 100/93, se regula las características del régimen pensional RAIS, y en lo que interesa, se resalta lo dispuesto en el literal c, en su versión original⁴, atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 1994:

³ Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

⁴ Literal modificado por el artículo 138 de la Ley 1753 de 2015.

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 1994 y el artículo referido fue modificado por el artículo 12 de la Ley 795 de 2003, 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 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 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 en las sentencias del 9 de septiembre de 2008 con radicados 31989 y 31314; sentencia del 22 de noviembre de 2011, radicado 33083; sentencia SL12136-2014; sentencia SL19447-2017; sentencias SL4964 y SL4689, ambas del 2018; sentencia SL1421-2019; SL373-2021; SL3156-2022.

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.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 desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soportada del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

“3.2. Excepción de saneamiento de la nulidad relativa.

La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen

de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

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

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

(...)

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

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

Esta línea se reitera en la sentencia del 03 de julio de 2019, SL2422-2019, en la sentencia CSJ-SL1440-2021 y más reciente SL610-2023.

6.11. 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 cubija 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 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 respectivas entidades demandadas, se obtienen los siguientes hechos probados:

6.12.1. El demandante se afilió a COLFONDOS S.A. mediante formulario Nro. 00512886, diligenciado el 27 de julio de 2010 (página 17, 13Contestacion demanda Proteccion, expediente de primera instancia).

Este formulario tiene la firma del señor JAIME DARÍO LÓPEZ CORTÉS, demandante, en la casilla correspondiente, con la constancia de que se realiza en forma libre, espontánea y sin presiones.

Si bien se aportó una solicitud de afiliación al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A., mediante formulario que obra en la página 18, 13Contestacion demanda Protección, de fecha 27 de mayo de 2013, éste no corresponde al demandante sino a una persona diferente.

En todo caso, de acuerdo con la información reflejada en la historia laboral de PROTECCIÓN, del señor Jaime Darío López Cortés, el cual se presume un documento auténtico, el demandante tiene un total de 1879,86 semanas cotizadas en toda su vida laboral, de las cuales 474 semanas le registran en otro régimen, 150 semanas fueron cotizadas a otros fondos de pensión (COLFONDOS) y 1255,86 semanas se cotizaron exclusivamente al fondo de pensiones Protección (página 19 a 32, 13Contestacion demanda Proteccion):



Ese mismo documento muestra que fue en octubre de 1994 la fecha en que se hizo la primera cotización del demandante a dicha administradora, hasta el mes de agosto de 2010. Luego, entre septiembre de 2010 y julio de 2013 aparece que las cotizaciones se hicieron a COLFONDOS, retornando el demandante a PROTECCIÓN en agosto de 2013.

6.12.2. El traslado efectuado por el demandante del RPM al RAIS y dentro de este último régimen, aparecen en la certificación del SIAFP (página 55, archivo: 13Contestacion demanda Proteccion), así:

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 11:41:24 AM
Afiliado: CC 10536397 JAIME DARIO LOPEZ CORTES [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 10536397

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1994-10-26	2004/04/16	PROTECCION COLPENSIONES			1994-11-01	2010-08-31
Traslado de AFP	2010-07-27	2010/08/19	COLFONDOS PROTECCION			2010-09-01	2013-07-31
Traslado de AFP	2013-06-27	2013/08/17	PROTECCION COLFONDOS			2013-08-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 10536397

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1994-10-26	1996-06-13	01	AFILIACION	PROTECCION	

6.12.3. El demandante presentó ante la AFP PROTECCIÓN S.A. solicitud de traslado de régimen pensional, la cual fue negada mediante oficio del 19 de febrero de 2021 (páginas 26 a 31, 03DemandaAnexos).

Igualmente, el señor López Cortés presentó ante COLPENSIONES solicitud de traslado de régimen pensional, la cual fue negada mediante oficio del 13 de marzo de 2021 (pág. 35 a 41, 03DemandaAnexos).

CONCLUSIONES:

1. Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados, la Sala llega a la convicción de que el actor sí estaba afiliado al RPM administrado por el ISS, al momento en que se produjo el traslado al RAIS, tal cual lo enseña la historia laboral consolidada de la AFP PROTECCIÓN y la información que arroja el SIAFP ((Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión), donde se evidencia claramente que el señor JAIME DARÍO LÓPEZ CORTÉS reporta afiliación inicial al RPM, trasladándose al RAIS, a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. el 26 de octubre de 1994, con efectividad a partir del 01/11/1994. Luego, hubo traslado de la AFP PROTECCIÓN a la AFP COLFONDOS el 01/09/2010, retornando a la AFP inicial el 01/08/2013.

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 fondo de pensiones AFP PROTECCIÓN S.A., con quien el demandante realizó el traslado del RPM al RAIS, no logró demostrar en el proceso que en el año 1994, le hubiese dado a conocer a aquel en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, de las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, y con tal conducta procesal, cabe predicar que el demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable; ya que si se le explica desde el principio el manejo de la cuenta individual, que los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado, los factores que inciden en el monto de la pensión; la persona tiene una información precisa, con la cual puede deducir si acepta, o no, el traslado.

Este deber de información clara y completa de los dos regímenes, sí estaba vigente para la fecha del traslado, en el año 1994, cuando se dio la afiliación efectiva a 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, que, 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., 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.

3. Ahora, si bien el demandante efectuó un traslado dentro del RAIS, de PROTECCIÓN S.A. a COLFONDOS S.A., y, posteriormente retornó a la AFP PROTECCIÓN S.A., tal conducta no convalida el primer traslado del RPM al RAIS 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 vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, no todas participaron en el acto de afiliación inicial.

Además, ninguna de las administradoras de fondos de pensiones a las que estuvo afiliado el demandante dentro del RAIS probaron el cumplimiento del deber de información que les 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 Colfondos en quienes recaía la carga de probar el cumplimiento de ese deber conforme al artículo 167 del CGP, pues si el señor Jaime Darío López Cortés sustentó su pretensión en la falta o en la indebida información por parte de dicha administradora, está aludiendo o poniendo de presente que la accionada incumplió el deber de asesoramiento, lo cual constituye una negación de carácter indefinido y por ello radicaba en cabeza de la demandada 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, atendiendo a las condenas proferidas en contra del fondo privado accionado, debe trasladar todos los dineros a Colpensiones, con los cuales procederá a financiar el 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).

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

5. Ahora, en virtud de la teoría del acto de relacionamiento, lo cual permite suponer el deseo de continuar en dicho régimen, a criterio de la CSJSL, 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 al RAIS, ni con posterioridad al efectuar los dos traslados dentro del RAIS, se insiste, aquel 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, sin que ello se sanee por el solo hecho de efectuar aportes y no retractarse, pues, tal como lo señaló la parte actora en su demanda, el traslado se hizo sin el cumplimiento de los requisitos legales, ante la ausencia de información suficiente frente al acto de traslado y sus consecuencias.

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

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

7. Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la decisión de declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, proferida en la sentencia de primera instancia.

En ese orden de ideas, al declararse la ineficacia de traslado de régimen pensional, el demandante debe retornar al RPM con prestación definida al cual estaba inscrito, administrado hoy por Colpensiones.

7. RESPUESTA A LA ORDEN DE DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, PRIMAS DE SEGUROS Y DEMÁS VALORES A DEVOLVER COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RAIS, PARA CONTESTAR LA APELACIÓN DE PROTECCIÓN Y LA CONSULTA A FAVOR DE COLPENSIONES:

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

Además, se ordenará que la devolución de los gastos de administración, los valores pagados por las primas de los seguros previsionales y los valores del fondo de garantía de la pensión mínima corren a cargo de las demandadas COLFONDOS y PROTECCIÓN, mientras el actor estuvo afiliado a cada una de las referidas administradoras.

Esta decisión encuentra apoyo en las siguientes consideraciones:

7.1. Con relación a la devolución de los gastos de administración ordenados en la sentencia de primera instancia y a fin de dar respuesta a la apelación por parte de PROTECCIÓN

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

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

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

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

*“También se ha dicho por la Sala que una vez se declara la ineficacia, debe la administradora de pensiones trasladar a Colpensiones, en este caso Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías, además del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, las comisiones **y los gastos de administración debidamente indexados**, puesto que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de*

administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

Por tal razón, tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)."

En consecuencia, no es viable lo pretendido por PROTECCIÓN 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).

El mismo precedente atrás expuesto, sirve de sustento para confirmar la devolución de bonos pensionales, si fuere el caso.

Así, la declaratoria de ineficacia conlleva 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 confirmar la decisión de que la AFP PROTECCIÓN S.A. proceda a su devolución, como quiera que dicha garantía se financia con el 1.5% de la cotización obligatoria que mes a mes debe realizar el afiliado al RAIS y que en virtud de la declaratoria de ineficacia y la figura de las restituciones mutuas, debe retornar íntegra al RPM (Ver sentencia de la CSJ- 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 CONFIRMAR la parte resolutive de la sentencia consultada, por ser procedente la devolución por parte de la AFP Protección S.A. de las sumas que haya descontado con destino a la garantía de pensión mínima, de la cotizaciones obligatorias que mes a mes recibió a nombre del demandante López Cortés, en tanto se trata de un rubro que en la actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada.

7.3. También estima la Sala necesario abordar el punto **sobre la devolución de las sumas pagadas por la AFP PROTECCIÓN y COLFONDOS para la adquisición de los seguros previsionales**, ya que son valores que hacen parte de la cotización y su devolución surge dentro de los efectos de la inexistencia del traslado, como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, y por eso es que la Corte Suprema de Justicia a lo largo de su jurisprudencia ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la inexistencia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

Y es que igualmente no se considera procedente que, para resolver la relación jurídica entre el afiliado y las administradoras vía ineficacia del traslado, se pueda echar mano a la validez de un contrato de seguro con un tercero, que es una relación jurídica ajena al proceso, de la cuál si surgiere algún derecho u obligación, debería resolverse en proceso aparte entre las partes interesadas. Lo anterior, porque, el valor de las pólizas de seguro se saca del 3% de la cotización, destinado para el pago de las mismas y los gastos de administración, pero nunca de la cuenta individual del afiliado y conforme lo dispone el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS comprende el conjunto de entidades, normas y procedimientos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, los cuales están a cargo de Porvenir independientemente de cómo se financien, que en el caso de la pensión de sobrevivientes y de invalidez, se financian con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional, el bono pensional (si a ello hubiere lugar) y la suma adicional, que estará a cargo de la aseguradora.

De ahí que, permitir que Protección no devuelva el valor de las primas de los seguros previsionales, implicaría la violación directa del artículo 1746 del Código Civil, aplicable según la jurisprudencia y como se explicó anteriormente, a la figura de la 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 respuesta a la apelación del fondo privado, se confirma la sentencia apelada 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.

Adicionalmente, para este caso, por el hecho de existir traslados entre dos AFP del RAIS y si bien COLFONDOS S.A. sostiene trasladó los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante a la AFP PROTECCIÓN y, por tanto, no cuenta con concepto alguno del afiliado, en virtud del grado de consulta surtido a favor de COLPENSIONES, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia para ordenar a cargo de las demandadas PROTECCIÓN y COLFONDOS la devolución de los gastos de administración, los valores pagados por las primas de los seguros previsionales y los valores del fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, mientras el actor estuvo afiliado a cada una de las referidas administradoras, respectivamente, toda vez que, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones.

Lo anterior tiene como fundamento lo dicho por la CSJSL, SL629-2023, en la cual se sostuvo, *“De igual forma, compete a Protección S.A y Porvenir S.A, trasladar a Colpensiones, con cargo a sus propios recursos e indexados, los dineros que cobró por cuotas de administración, los valores utilizados para pago de primas de los seguros previsionales y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, causados mientras la actora estuvo afiliada a esa administradora de pensiones”*.

7.5. SOBRE LA INDEXACIÓN DE LOS CONCEPTOS A DEVOLVER POR PARTE DE PROTECCIÓN S.A. y CONFONDOS S.A., EN RESPUESTA A LA CONSULTA:

Para esta Sala, resulta procedente que a través del grado de jurisdiccional de consulta surtido a favor de la entidad pública demandada y acorde con la línea de pensamiento de la CSJ-SCL, se adicionará el ordinal segundo de la resolutive de la sentencia impugnada, para ordenar que los conceptos a devolver, atinentes a los gastos de administración, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, deberán ser debidamente indexados por las AFP PROTECCIÓN y COLFONDOS, al momento de su devolución a la administradora COLPENSIONES.

Lo anterior, teniendo en cuenta lo señalado por la CSJ-SCL, por ejemplo, en sentencia SL4174 del 2021, la SL629-2023 y recientemente la SL769-2023 donde se señaló expresamente:

*“Por lo dicho Protección S. A, Old Mutual, Porvenir S. A. y Colfondos S. A. deben reintegrar los valores cobrados a título de gastos de administración, comisiones, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, **sumas debidamente indexadas y que les corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos (CSJ SL5292-2021), pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones.** Colfondos S. A. además, deberá devolver la totalidad de los aportes pensionales que actualmente se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus respectivos rendimientos y bonos pensionales.”⁵*

La misma posición fue asumida por la CSJ Sala Laboral en sentencia del 28 de junio de 2023 (SL1479-2023, Radicación n° 91900).

Así las cosas, en aplicación de la línea de pensamiento de la CSJ-SCL, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia consultada, para ordenar la devolución indexada de los conceptos atinentes a gastos de administración, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, con el fin de que conserven su valor actualizado al momento de su

⁵ Negrita fuera de texto original

devolución, conforme a la jurisprudencia en cita, ello en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de COLPENSIONES.

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 20 años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 1994.

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

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

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

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

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

9. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

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 PROTECCIÓN y COLPENSIONES, por cuanto no tuvieron prosperidad sus recursos de apelación y 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 apelada y consultada, **para ORDENAR** a las AFP'S PROTECCIÓN S.A. y CONFONDOS S.A., trasladar a Colpensiones, con cargo a sus propios recursos e indexados, los dineros que cobraron por cuotas de administración, los valores utilizados para pago de primas de los seguros previsionales y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, causados mientras el demandante estuvo afiliado a esas administradoras de pensiones.

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

TERCERO: SE CONDENA en costas de segunda instancia a la AFP PROTECCIÓN y COLPENSIONES, a favor del demandante, por las razones expuestas en esta providencia. Las agencias en derecho como se dijo en la parte motiva.

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

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

Los Magistrados,


Firma válida
providencia judicial
LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO PONENTE


Firma válida
providencia judicial
CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL


Firma válida
providencia judicial
CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO

Con el acostumbrado respeto, me aparto de la decisión mayoritaria de incluir la condena en contra de las AFP del RAIS demandadas, a la devolución de las sumas pagadas por concepto de las primas para la adquisición de los seguros previsionales, en primer lugar,

porque no comparto el criterio relacionado con el pago de tales primas de los seguros previsionales con cargo al patrimonio de las AFP, al estar en contravía del tenor literal del artículo 20 de la Ley 100, en concordancia con el literal b) del artículo 60, en donde claramente se disponen los porcentajes de distribución de LAS COTIZACIONES de los afiliados, entre otros, para la compra de los seguros previsionales para beneficio de los afiliados.

Además, el legislador claramente asignó a las AFP del RAIS la función de ser simplemente administradoras de la cuenta individual de cada afiliado, como lo dispone expresamente el artículo 59 de la misma ley y estaba obligada por mandato legal a la compra de tales seguros previsionales, se insiste, cuyos beneficiarios son los afiliados, jamás las AFP, en la medida que las pensiones del RAIS se pagan con cargo a los recursos de la cuenta individual de cada afiliado, sin que las AFP cubran algún faltante con su propio patrimonio.

Para la compra de estas pólizas de seguros, las AFP sacan los recursos de los aportes de cada afiliado y a su vez Colpensiones del fondo común, toda vez que los beneficiarios del seguro son los afiliados.

Finalmente, porque tales negocios jurídicos con terceros de buena fe, sí conservan validez y producen efectos jurídicos, a pesar de la declaración de ineficacia del traslado.

Acorde con lo expuesto, respecto de estos gastos realizados por las AFP, en cumplimiento a un mandato legal, en favor del administrado, no procede ordenar la devolución como consecuencia de la declaración de la ineficacia del traslado de régimen pensional.


LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL