

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, quince (15) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ARY MARCELO ARARAT
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.
RADICADO N°	19-001-31-05-001-2022-00107-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS - PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	Se MODIFICA PARCIALMENTE el ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada y consultada, únicamente para declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS y que ese traslado se hizo a través de la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PORVENIR S.A.). EN LO DEMÁS, SE CONFIRMA. Es decir, se ratifican las órdenes pertinentes de acuerdo con los efectos derivados de esta decisión.

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 el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada AFP PORVENIR S.A; y el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, únicamente a favor de la entidad pública demandada COLPENSIONES, contra la Sentencia No. 43 del treinta y uno (31) mayo del año dos mil veintitrés (2023), en primera instancia, proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DE POPAYÁN, CAUCA, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL de la referencia, promovido por el señor ARY MARCELO ARARAT.

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** que el acto de voluntad de traslado de régimen y afiliación a PORVENIR S.A. estuvo mediado de error y por ello se encuentra viciado de nulidad, o es ineficaz. En consecuencia, se declare que su afiliación al régimen solidario de prima media con prestación definida actualmente administrado por COLPENSIONES se encuentra vigente. **(ii) se condene** a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES sus aportes y rendimientos, al igual que las demás diferencias derivadas del régimen de equivalencia entre regímenes, y **(iii) se condene** al pago de las costas y agencias en derecho únicamente a la AFP Porvenir S.A. (03Demanda).

La apoderada presenta como fundamentos fácticos, que el 30 de enero de 1996, Ary Marcelo Ararat firmó un formulario de afiliación a Horizonte, siendo asesorado de que se pensionaría joven y con una mejor mesada que la del ISS. El 14 de febrero de 2002, Ararat solicitó trasladar su pensión de PORVENIR S.A. a COLPENSIONES debido a rumores sobre las AFP, pero PORVENIR S.A. rechazó la solicitud. Además, presentó una solicitud de afiliación a COLPENSIONES el mismo día, pero esta también fue rechazada. La apoderada argumenta que PORVENIR S.A. incumple su deber

de cuidado al no realizar proyecciones y cálculos matemáticos de la pensión entre regímenes, lo que resulta en una falta de información que da lugar a este proceso legal (03Demanda).

2.2. Contestación por PORVENIR S.A.

En respuesta a la acción legal, la AFP PORVENIR S.A., representada por su apoderada judicial, ejerció el derecho de contradicción oponiéndose a todas las pretensiones. Argumenta que la afiliación del demandante cumple con la normativa y jurisprudencia vigente. Dice además, que el señor Ararat manifestó de forma libre su voluntad de traslado con la suscripción del formulario de afiliación. La AFP sostiene que proporcionó una asesoría integral al demandante, informándolo sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes, así como las modalidades de pensión.

Excepciones de mérito: (1) prescripción, (2) prohibición legal de aplicar retroactivamente la ley, (3) principio de confianza legítima, (4) falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, (5) buena fe, (6) inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, (7) prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, (8) Innominada o genérica, (9) inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, y (10) debida asesoría del fondo (22CONTESTACIÓN PORVENIR).

2.3. Contestación por COLPENSIONES:

En ejercicio del derecho de contradicción y a la defensa, la apoderada judicial de la demandada COLPENSIONES contestó la demanda y luego de responder a cada uno de los hechos se opuso a las pretensiones de la demanda, como quiera que no se encuentra acreditado que se haya brindado por parte de la AFP una indebida asesoría, además de encontrarse PRESCRITA la acción.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: (1) inexistencia de la obligación - inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación del demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma, (2) retorno en cualquier tiempo al RPM, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera, (3) la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso, (4) errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C., (5) - indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales - vulneración del principio de la confianza legítima, (6) inoponibilidad por ser tercero de buena fe, (7) inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen, (8) se otorga un alcance que no corresponde al contenido de los Decretos 663 de 1993 y 692 de 1994, en cuanto a la voluntad vertida en el formulario de afiliación, (9) responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, (10) sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, (11) improcedencia de la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados, y (12) prescripción (Carpeta rotulada como 24ContestaciónColpensiones).

2.4. Decisión de primera instancia:

El **JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, (CAUCA)** se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día 31 de mayo de 2023, y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA No. 43**, en la cual resolvió: **(i) DECLARAR** la **INEFICACIA de la afiliación** del señor ARY MARCELO ARARAT a la AFP PORVENIR, suscrita el 30 de enero de 1996. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado-demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **(ii) CONDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo

de la afiliación del demandante, como cotizaciones y bonos pensionales (si los hubiere y estuvieren bajo la administración de la AFP), con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

De igual modo, se dispone en el mismo numeral que la citada AFP deberá trasladar a Colpensiones primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las sumas adicionales de la aseguradora si se hubieren causado y el porcentaje correspondiente a los gastos de administración. Todos estos valores debidamente indexados. Adicionalmente, se ordena que al momento de cumplirse esa orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores y demás información relevante que los justifiquen, valores estos que deberán ser recibidos por COLPENSIONES.

(iii) ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. normalizar la afiliación del demandante en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalle de los aportes del demandante al igual que su historia laboral debidamente actualizada; **(iv) ORDENAR** a COLPENSIONES reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida y a recibir la devolución de los dineros ordenados en ese proveído; **(v) NEGAR** la prosperidad de las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas; y **(vi) CONDENAR** en costas a PORVENIR, fijando las agencias en derecho (37ActaAudienciaArt 80Cpts-31Mayo2023).

TESIS DEL JUEZ: Considera que el fondo de pensiones PORVENIR incumplió el deber de brindar una información veraz y suficiente a al demandante al momento del cambio de régimen pensional y por consiguiente, a su juicio, procede declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el señor ARARAT al RAIS con las consecuencias que ello acarrea.

Expone sobre el deber de información a cargo de las AFP y su inobservancia, sus efectos, carga de la prueba, que la firma del formulario de afiliación no es suficiente para dar por demostrado el deber de información. Se fundamenta en el literal b) del art. 13 y art. 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1604 del Código Civil,

y la jurisprudencia de la CSJSL (SL-3349-2021 y SL1022-2022, entre otras).

2.5. Recurso de apelación de PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. presenta recurso de apelación frente a la orden impartida en la sentencia de primera instancia. Sostiene en su defensa que la decisión apelada desconoce las reglas en materia de restituciones mutuas y el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa. Destaca que el régimen de las restituciones mutuas tiene como objetivo fundamental asegurar que los traslados patrimoniales, que carecen de justificación debido a la declaración de ineficacia de un acto jurídico, sean devueltos a las partes originales. Este proceso busca restablecer las circunstancias en las que estas partes se encontrarían si el acto no hubiera ocurrido. Sin embargo, esta restitución puede ser compleja cuando refiere a prestaciones que no pueden revertirse, como la gestión de recursos de los afiliados a fondos de pensiones y cesantías.

Las obligaciones de las administradoras de estos fondos, como invertir y garantizar rentabilidad, generan beneficios para los afiliados, cuyos rendimientos se utilizan para financiar las prestaciones. Aunque las prestaciones de hacer no pueden revertirse, estas obligaciones buscan proteger el patrimonio del afiliado para su pensión. Por tanto, no se considera un deterioro al patrimonio del afiliado los gastos necesarios para cumplir con estas obligaciones, ya que su propósito es conservar los recursos del afiliado.

En ese orden, **cuestiona la restitución de las primas de seguros previsionales**, argumentando que el contrato de seguro provisional está sujeto a un término específico, después del cual el asegurador recibe definitivamente la prima, según el artículo 1070 del Código de Comercio. En este caso, el seguro es adquirido por las administradoras conforme a una obligación legal establecida en la Ley 100 de 1993, vinculada a la afiliación al Rais. La ineficacia del traslado de régimen pensional no afecta al contrato de seguro, que sigue siendo válido y produciendo efectos durante su vigencia. Por lo tanto, no es posible la devolución de las primas de seguro provisional pagadas por el demandante.

Finalmente, **cuestiona la indexación** ordenada por la juez en primera instancia. Se rechaza la doble condena por el mismo concepto, argumentando que generar rendimientos actuales y dinero indexado constituiría una doble indemnización. Se apela a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para respaldar este argumento.

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con la nota secretarial suscrita por el secretario de esta Sala (09(1)NotaADespachoVencidoTrasladoAlegatosArarat, del Cuaderno del Tribunal); se recibieron oportunamente los alegatos de Colpensiones y Porvenir S.A.

3.1. Alegados de Colpensiones:

La apoderada judicial de Colpensiones reitera los argumentos presentados previamente en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación (Sic). Afirma que al momento del traslado del actor, los fondos no estaban obligados a documentar asesorías más allá del formulario de afiliación, ya que esta carga fue establecida por la jurisprudencia posteriormente. Argumenta que imponer esta carga a los fondos sería una exigencia no contemplada en el ordenamiento jurídico y resalta que el cambio normativo es la causa del problema, no un incumplimiento por parte del fondo privado.

Finalmente, alega la improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado (06(2)AlegatosColpensiones, cuaderno de 2ª instancia)

3.2. Alegados de Porvenir S.A.

La apoderada de la AFP demandada argumenta que la juez de primera instancia está exigiendo a PORVENIR S.A. cumplir con un deber de asesoría que no estaba en vigor en la fecha del traslado del señor Marcelo Ararat. Señala que esto implica responsabilizar a la AFP por un incumplimiento que el legislador no le ha impuesto. Además, alega una vulneración de las reglas sobre la carga de la

prueba y de las reglas existentes en materia de restituciones mutuas. Argumenta que los gastos de administración no constituyen un detrimento patrimonial para el afiliado y solicita la revocatoria de la condena por devolución de sumas indexadas, considerándola una doble condena ya que también se ordenó la devolución de rendimientos.

Por lo tanto, PORVENIR S.A. solicita se revoque la orden judicial emitida en primera instancia (08(13)AlegatosPorvenirSA, cuaderno del Tribunal).

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., 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.

La funcionaria judicial que conoció del asunto es la 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 el recurso 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 grado de consulta en favor de Colpensiones:

¿Se dan los presupuestos legales y jurisprudenciales establecidos para la viabilidad de la declaración de ineficacia del traslado efectuado por el demandante el 30 de enero de 1996 al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), bajo la administración de la AFP PORVENIR S.A.?

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.

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 PORVENIR S.A., se pasa a resolver:

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

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 PORVENIR 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 también la legalidad de la negativa a la declaración de la excepción de prescripción alegada por la pasiva.

5.4. Finalmente, en respuesta a otro de los temas apelados por el fondo privado de pensiones, si procede la indexación de los valores a devolver a Colpensiones.

6. RESPUESTA A LA CONSULTA SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN Y/O TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL:

La respuesta al primer interrogante **es positiva**, sin embargo, la Sala concluye que se debe MODIFICAR PARCIALMENTE el ORDINAL PRIMERO de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, únicamente para declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS, efectuado por el demandante; y que el traslado se efectuó a través de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PORVENIR S.A.); toda vez que no se trata de la ineficacia de la afiliación al fondo privado, como lo hizo la Juez de Primera Instancia. Se confirmará lo demás, en cuanto a la decisión de permanencia del demandante en el RPM administrado hoy por COLPENSIONES, contenida en la sentencia objeto de consulta.

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

6.1. El legislador, en ejercicio de su potestad de configuración y en desarrollo del artículo 48 de la Carta, por medio del artículo 12 de la Ley 100 de 1993, diseñó un sistema de seguridad social en pensiones tendiente a brindar protección a todos sus afiliados y a su grupo familiar ante las contingencias de invalidez, vejez o

muerte, a través de dos regímenes excluyentes, regidos por el principio de la solidaridad:

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

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

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

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

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

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

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

(... ...)

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

(... ...)

Según el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su texto original, aplicable al presente caso en tantos los hechos que lo motivan acaecieron en el año 1996 (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 original, atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 1996:

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 1996, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

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

(... ...)

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

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

Artículo 97: Información:

“1. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte

que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.”

6.7. Por medio del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, se disponen las sanciones, en el evento del incumplimiento de las reglas sobre libre escogencia del régimen pensional que le asiste al trabajador, o cuando ***“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa... ..***

Y, además, expresamente se dispone que

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

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

6.9. En referencia a casos similares al presente y específicamente en cuanto al deber de suministrar información clara, amplia y suficiente sobre los aspectos positivos y negativos de los regímenes pensionales durante la afiliación y/o traslado entre regímenes, la Corte Suprema de Justicia (CSJ-SL) ha establecido una tesis consolidada. Esta línea jurisprudencial puede consultarse en diversas sentencias, entre las que se incluyen las emitidas el 9 de septiembre de 2008 con radicados 31989 y 31314, la sentencia del 22 de noviembre de 2011 con radicado 33083, las sentencias SL12136-2014 y SL19447-2017, así como las sentencias SL4964 y SL4689, ambas del 2018, la sentencia SL1421-2019, SL373-2021 y 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 desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

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

Esta línea de pensamiento, con valor de doctrina probable, se reafirma en la 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. 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:

6.11.1. En primer lugar, se constata la afiliación a la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy AFP PORVENIR S.A.), fechado el 30 de enero de 1996 (archivo: Formulario afiliación CC

10542033, ubicado en la Carpeta #22, expediente 01). Este formulario tiene la firma del demandante, en la casilla correspondiente, con la constancia de que se realiza en forma libre, espontánea y sin presiones.

LOS BENEFICIARIOS ANTERIORMENTE RELACIONADOS SERÁN VERIFICADOS DE ACUERDO CON LAS NORMAS LEGALES VIGENTES									
6. ESPACIO PARA EL EMPLEADOR DECLARO BAJO JURAMENTO QUE LOS ANTECEDENTES DEL TRABAJADOR INCLUIDOS EN EL PRESENTE CONTRATO SON LOS QUE CORRESPONDEN A LA INFORMACIÓN QUE ME HA SIDO SUMINISTRADA. <u>ARY MARCELO ARARAT</u> FIRMA Y SELLO DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL EMPLEADOR <table border="1"><tr><td>ARY MARCELO ARARAT</td><td>AÑO</td><td>MES</td><td>DÍA</td></tr><tr><td>FIRMA Y SELLO DE RECIBO DEL ÁREA DE NOMINA</td><td></td><td></td><td></td></tr></table>	ARY MARCELO ARARAT	AÑO	MES	DÍA	FIRMA Y SELLO DE RECIBO DEL ÁREA DE NOMINA				7. ESPACIO PARA EL AFILIADO VOLUNTAD DE SELECCIÓN Y AFILIACIÓN HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA HORIZONTE S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS. <u>ARY MARCELO ARARAT</u> FIRMA DEL AFILIADO
ARY MARCELO ARARAT	AÑO	MES	DÍA						
FIRMA Y SELLO DE RECIBO DEL ÁREA DE NOMINA									

La anterior información se corrobora con el contenido de la certificación expedido el día 04 de mayo de 2022, por parte del Gerente de Clientes de Porvenir S.A., donde se hace constar que **“ARY MARCELO ARARAT, identificado(a) con Cédula de Ciudadanía 10.542.033, se encuentra afiliado(a) al Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir desde el 01 de febrero de 1996”** (Certificado afiliado CC 10542033, ubicado en la Carpeta #22, expediente 01).

6.11.2. De acuerdo con la historia laboral consolidada en pensiones, actualizada al 03/02/2022, aportada por PORVENIR S.A., se prueba que el señor ARY MARCELO ARARAT cuenta con 872,5 semanas cotizadas exclusivamente a Porvenir y 9.8 semanas pendientes por confirmar, las cuales le reportan en el sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda (OBP), cotizadas entre el 22/02/1991 y el 01/05/1991 (HL Consolidado RAIS CC 10542033 (1), carpeta #22).

6.11.3. Se constata el traslado del Régimen de Prima Media (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) en el año 1996, cuando el demandante se traslada a PORVENIR S.A. Es decir que, previo a dicha afiliación estaba vinculado al ISS (hoy Colpensiones). Este traslado se respalda con la certificación del Sistema de Información de Afiliados y Pensionados (SIAFP). El certificado correspondiente se encuentra ubicado en el archivo Vinculación CC 10542033, ubicado en la Carpeta #22 del expediente 01.

Hora de la consulta : 11:41:29 AM

Afiliado: CC 10542033 ARY MARCELO ARARAT [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 10542033

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	1996-01-30	2004/04/16	HORIZONTE COLPENSIONES			1996-02-01	2013-12-31
Cesion por fusión	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

La afiliación a COLPENSIONES queda probada con la historia laboral remitida por esta entidad, en la cual se constata la afiliación del señor ARARAT al régimen de prima media con prestación definida el día 22/02/1991, con un total de 9.86 semanas cotizadas a su favor, según documental que obra dentro de la Carpeta #36.

6.12.CONCLUSIONES:

6.12.1. Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados, en el momento del traslado al RAIS, el 30 de enero de 1996, el demandante ARY MARCELO ARARAT estaba afiliado al régimen de prima media administrado por el ISS, hoy Colpensiones (1991).

6.12.2. Del análisis conjunto de los medios de prueba documentales presentados con la demanda y su contestación, esta Sala concluye, la demandada HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PORVENIR S.A.), estando obligada, no logró demostrar en el transcurso del proceso, a través de cualquier medio de prueba, que, en el año 1996, al momento en que el demandante suscribió la solicitud de traslado, se le proporcionó información clara, completa y veraz sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, con las proyecciones correspondientes.

Esta falta de demostración en el proceso, es indicativa que el demandante no pudo hacer una elección libre y consciente del traslado de régimen pensional, ya que no contó con pleno conocimiento para determinar cuál de los dos regímenes le resultaba más beneficioso. En caso de que se le hubiera explicado desde el principio el funcionamiento de la cuenta individual, la

variabilidad de los rendimientos según el mercado y los factores que afectan el monto de la pensión, la persona habría tenido información precisa para tomar una decisión informada sobre el traslado.

Este deber de información clara y completa de los dos regímenes, estaba vigente para la fecha del traslado, en el año 1996, cuando se dio la afiliación efectiva a HORIZONTE, 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).

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

La Sala reitera que la sola firma en un formulario, como sucede en este caso, no prueba la elección libre y voluntaria del traslado. Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - SL, dicho formulario preimpreso solo certifica un consentimiento, pero no un consentimiento informado.

Por lo tanto, no es suficiente adherirse a una cláusula genérica; el fondo privado debe demostrar que se informó al afiliado todos los elementos definitorios de los dos regímenes pensionales y que este tenía pleno conocimiento de la trascendencia de la decisión que estaba tomando, aspecto que no se evidencia en el caso del señor ARY MARCELO ARARAT.

No constituyen indicios serios de la validez del traslado, el hecho de permanecer en el RAIS por más de 10 años sin presentar observaciones o quejas y no efectuar el derecho a retractarse dentro de los plazos legales.

6.12.4. Ahora, es importante destacar que el demandante efectuó su traslado al RAIS, a través de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS y que el traslado a PORVENIR S.A. operó automáticamente por la fusión entre HORIZONTE y PORVENIR. A pesar de ello, no logró probar esta última el cumplimiento del deber de información que le asistía para convalidar la afiliación de su afiliado.

Así, era en PORVENIR S.A. en quién recaía la carga de probar el cumplimiento de ese deber conforme al artículo 167 del CGP, pues si el señor ARY MARCELO ARARAT 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.

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

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

6.12.6. 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).

Por demás, importa resaltar, no es necesario estar *ad-portas* de causar el derecho o tener un derecho causado, lo que la Corte ha limitado es regresar al RPM cuando al(la) demandante le ha sido reconocida la pensión de vejez, por tratarse dicho estatus de una situación jurídica inmodificable, lo que no es el caso del 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).

6.12.7. Al tenor de todo lo expuesto, procede la declaración de ineficacia del traslado al RAIS a través de la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PORVENIR S.A.) así las cosas, se debe MODIFICAR el ORDINAL PRIMERO de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, únicamente para declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS, efectuado por el demandante y que ese traslado se hizo a través de la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PORVENIR S.A.); y no se trata de ineficacia de la afiliación al fondo privado, como lo hizo la a quo.

Se confirma lo demás, en cuanto a la decisión de permanencia del demandante en el RPM administrado hoy por COLPENSIONES, contenida en la sentencia objeto de consulta.

7. RESPUESTA A LA ORDEN DE DEVOLUCIÓN DE LAS PRIMAS DE SEGUROS Y DEMÁS VALORES A DEVOLVER COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RAIS, PARA CONTESTAR LA APELACIÓN DE PORVENIR Y LA CONSULTA:

Tesis de la Sala: En respuesta a la apelación, resulta procedente confirmar la sentencia de primera instancia que ordenó la devolución de las primas de los seguros previsionales, porque, de no hacerlo, se produce una desmejora en el capital que va a recibir Colpensiones para financiar la pensión del demandante y de paso, se produce un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

En sede de consulta, se confirma la devolución de (i) de las comisiones cobradas por la administración de la cuenta individual, (ii) los bonos pensionales que hubiese recibido Porvenir, y (iii) lo descontado con destino al fondo de garantía de la pensión mínima.

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

7.1. Con relación con la devolución de los gastos de administración ordenados en la sentencia de primera instancia y a fin de dar respuesta a la consulta, la Sala avala esa decisión, por las siguientes razones:

Es procedente la condena a la devolución de los gastos de administración que se recibieron mientras el señor ARY MARCELO ARARAT 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 era viable lo pretendido por PORVENIR S.A. en su contestación, 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).

Con el fin de que conserven su valor actualizado al momento de su devolución, es procedente la indexación de los valores descontados.

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

Sobre este punto y para responder la apelación de la apoderada de Porvenir S.A., sobre 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.

De acuerdo con 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 conlleva, entonces, a la devolución con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, junto con los valores descontados de dicha cuenta por concepto de los gastos de administración, tal cual lo ordenó la Juez.

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

7.3. En respuesta al punto apelado sobre la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR para la adquisición de los seguros previsionales, se confirma tal condena, 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 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 confirma 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.

7.5. SOBRE LA INDEXACIÓN DE LOS CONCEPTOS A DEVOLVER POR PARTE DE PORVENIR S.A., CON DESTINO A COLPENSIONES:

Para esta Sala, acorde con la línea de pensamiento de la CSJ-SL, se confirmará el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia impugnada, respecto a la orden de que los conceptos a devolver, atinentes no sólo a gastos de administración sino aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, las primas de los seguros previsionales y las sumas adicionales de la aseguradora, deberán ser debidamente INDEXADAS por la AFP PORVENIR, 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.”²*

La misma posición fue asumida por la CSJSL en sentencia del 28 de junio de 2023 (SL1479-2023, Radicación n° 91900) y decisión SL689-2024.

² Negrita fuera de texto original

En esta situación, la apelación presentada por PORVENIR S.A. no es aceptada, y se ratifica la decisión de indexar los valores a devolver por la AFP. Esta indexación tiene como propósito mantener actualizado el valor de dichos montos al momento de su restitución, de acuerdo con la jurisprudencia citada. Esta resolución se emite en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se aplica a 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 10 años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 1996.

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 la entidad apelante y demandada AFP PORVENIR S.A., por cuanto no tuvo prosperidad su recurso 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: MODIFICAR PARCIALMENTE el **ORDINAL PRIMERO** de la parte resolutive de la SENTENCIA Nro. 43, proferida el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023), en primera instancia, por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA), dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, únicamente en el sentido de

declarar la **ineficacia del traslado** del RPM al RAIS, y que ese traslado se hizo a través de la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PORVENIR S.A.), de conformidad con las razones aquí expuestas.

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

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

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

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

Los Magistrados,


Firma válida
providencia judicial
LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO PONENTE

CON SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO


Firma válida
providencia judicial
CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL

CON ACLARACIÓN DEL VOTO



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 la AFP del RAIS demandada, 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.


*Procedente, válida
providencia judicial*
LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO PONENTE