

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso las partes presentaron alegatos de conclusión por escrito dentro del término establecido en el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Pereira, 18 de diciembre de 2020

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

Sin necesidad de firma Artículo 2, inciso 2 Decreto Presidencial 806 de 2020 y artículo 28 del Acuerdo PCSJA20-11567 C.S.J.

Providencia: Sentencia de segunda instancia del 27 de enero de 2021
Radicado: 660013105-002-2018-00591-01
Demanda: Luis Humberto Bermeo Cabrera
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones
Juzgado: Segundo Laboral del Circuito

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, tres (3) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Acta No. 06 A del 21 de enero de 2021

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Luis Humberto Bermeo Cabrera** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** y la **Administradora de Fondos de Pensiones – Porvenir S.A.**

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada Porvenir S.A. en contra de la sentencia proferida el **18 de febrero de 2020**, por el Juzgado segundo Laboral del Circuito

Radicado: 660013105-002-2018-00591-01
Demanda: Luis Humberto Bermeo Cabrera
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

de Pereira; asimismo, se revisará la sentencia en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. Demanda y su contestación

Luis Humberto Bermeo Cabrera promovió la presente acción con el fin de que se declare nulo o ineficaz el traslado de régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por Porvenir S.A. realizado el 1 de junio de 1994, por falta del consentimiento escrito y expreso y, en consecuencia, se declare que es legalmente afiliado a Colpensiones, sin solución de continuidad, ordenando cargar y consolidar su historia laboral, además de las costas procesales.

Los hechos que sustentan lo pretendido indican que: **i)** el actor estuvo afiliado al RPMPD administrado por el ISS entre el 27-05-1982 al 30-06-1994; **ii)** sin mediar solicitud, ni firmar formulario alguno, se registró afiliación al RAIS administrado por Porvenir S.A. el 1-07-1994; **iii)** el ISS hoy Colpensiones sin validar la información aceptó el traslado al RAIS; **iv)** el 9-11-2017 solicitó ante Porvenir S.A. la nulidad e ineficacia del traslado de régimen, obteniendo respuesta el 22-11-2017 en el sentido a que efectivamente *"dicho traslado se produjo por decisión del empleador al carecer de formulario físico de afiliación"*; **v)** Porvenir S.A. el 18-01-2018 en respuesta a la petición de nulidad del 13-12-2017, declaró la invalidez del acto y ordenó el traslado de los aportes hacia Colpensiones por medio del proceso de no vinculados, agregando con ello un informe del perito en documentos de dicho fondo donde establecía que *"el afiliado no registraba formulario ya que registra por voluntad del empleador"*; **vi)** ante Colpensiones el 18-02-2018 petitionó el retorno y aceptación en el RPMPD a falta de asentimiento, lo cual fue negado en comunicación del 1-03-2018 bajo el argumento de que *"la afiliación había sido en ejercicio de la libre elección y que la anulación del acto solo procedía bajo circunstancias como "firma falsificada, afiliación del empleador sin el consentimiento y en razón a la sentencia SU062-10"*; **vii)** el 20-03-2018 insistió en la petición ante Colpensiones obteniendo igual respuesta en misiva del 3-04-2018 y, posteriormente, a pesar de no existir formulario, al dar respuesta el 22-05-2018, indicó que *"según SIAFP el traslado estaba anulado pero que para activar la afiliación era necesaria la declaración de falsedad por la Fiscalía"*.

Colpensiones aceptó los hechos relativos a las solicitudes elevadas por el actor tanto a Porvenir como a Colpensiones y las respuestas negativas dadas por

Radicado: 660013105-002-2018-00591-01
Demanda: Luis Humberto Bermeo Cabrera
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

esta última. A las pretensiones, se opuso arguyendo que los aportes realizados al RAIS eran una señal de la voluntad del afiliado y excepcionó "aceptación implícita de la voluntad del afiliado, saneamiento de una presunta nulidad, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la genérica" (fs. 104 a 113).

Porvenir S.A. al contestar aceptó los hechos relativos a la inexistencia del formulario de afiliación, las solicitudes elevadas por el demandante, la declaratoria de nulidad de la afiliación por parte de la AFP Porvenir S.A, la orden de traslado de los aportes hacia Colpensiones y la emisión de informe por el perito de documentos de Porvenir S.A. que da cuenta que el afiliado no registraba formulario de vinculación siendo el traslado producido por voluntad del empleador. Frente a las pretensiones solicitó su desvinculación al considerar que en lo que a dicha AFP concierne, es un hecho consumado la anulación de la afiliación del demandante, concretando el traslado de los aportes a Colpensiones a través del proceso de no vinculados, ya que el señor Bermeo no registraba formulario de vinculación o traslado al registrar "por voluntad del empleador".

Como excepciones invocó las de "prescripción, buena fe, compensación, falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de Porvenir" (fs. 116 a 149).

2. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, por sentencia del 18 de febrero de 2020, resolvió la litis declarando la ineficacia del traslado de régimen efectuado por Luis Humberto Bermeo Cabrera hacia la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, declaró que, para todos los efectos legales, se entendería que el actor siempre permaneció en el RPMPD hoy administrada por Colpensiones y, condenó a Porvenir S.A. a trasladar hacia esta última la totalidad del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, gastos de administración y comisiones cobrados con cargo a sus propias utilidades, además de las costas del proceso a cargo de ambas demandadas.

Para arribar a tal determinación, hizo referencia al artículo 1741, 1502 y 1508 del C.C., al contenido de los artículos 13 literal b) y del inciso 1 del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, relativos a las condiciones en la escogencia de régimen pensional y las consecuencias de su desconocimiento, así como del decreto 692 del 29 de marzo de 1994 relativo a los requisitos del formulario de afiliación y las obligaciones

Radicado: 660013105-002-2018-00591-01
Demanda: Luis Humberto Bermeo Cabrera
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

de los promotores de los fondos de pensiones en brindar al afiliado información suficiente y completa sobre las consecuencias de su vinculación.

Al resolver el caso concreto, concluyó que el trabajador venía como afiliado al RPMPD administrado por el ISS, hoy Colpensiones, por lo que su empleador no estaba facultado para escoger a su arbitrio, la administradora o régimen de pensiones en el cual consignaría los aportes para el riesgo de IVM, y al no existir formulario alguno, había lugar a declarar la ineficacia porque la afiliación no producía ningún efecto, cuya consecuencia era el regreso automático hacia Colpensiones.

3. Recurso de apelación y consulta

En contra de la sentencia, Porvenir S.A. presentó recurso de apelación de manera parcial mostrando desacuerdo en dos aspectos: i) frente a la orden de trasladar hacia Colpensiones los rendimientos, gastos de administración y comisiones en la medida que las AFPs estaban autorizadas para hacer uso de dichos dineros justamente para sufragar sus propios gastos y ii) respecto de la condena en costas en la medida que a su criterio, se obró conforme a derecho haciendo la desvinculación del actor y trasladando los aportes hacia a Colpensiones siendo ésta quien se ha rehusado a recibirlos.

Finalmente hay que advertir que se concedió el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, lo que le permite a la Sala revisar la totalidad de la sentencia de primera instancia.

4. Alegatos de conclusión

Analizados los alegatos presentados por escrito por las partes, mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con el problema jurídico que se expresa a continuación. Por otra parte, el Ministerio Público no rindió concepto en este asunto

5. Problemas jurídicos por resolver

Radicado: 660013105-002-2018-00591-01
Demanda: Luis Humberto Bermeo Cabrera
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

De acuerdo con los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia, los fundamentos de la apelación y los alegatos de conclusión, le corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

i) Establecer si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen por inexistencia del formulario de afiliación.

ii) Definir si la vinculación al RAIS fue producto de una nueva relación laboral o si el empleador que tenía con anterioridad el demandante motu proprio lo cambió de régimen.

iii) Definir si es dable ordenar la devolución de las cuotas de administración y demás valores por parte de la AFP demandada, con cargo a sus propios recursos debidamente indexados.

iv) Establecer si hay lugar a eximir de costas procesales a la AFP Porvenir S.A.

v) Definir si hay lugar de ordenar en favor de COLPENSIONES, el reintegro o pago de otros valores por parte de la AFP demandada, con fundamento en el grado jurisdiccional de consulta.

6. Consideraciones

6.1. Situación fáctica:

Previo al arribo del análisis, resultan relevantes los siguientes supuestos fácticos: i) el historial de aportes arrimado por Colpensiones, da cuenta que el gestor de esta acción inició sus cotizaciones ante el ISS, ahora Colpensiones, desde el 27-05-1982 hasta el 31-12-1994 (expediente administrativo digital); ii) en la historia laboral consolidada de Porvenir S.A., se certifican cotizaciones desde el 01-01-1995 (fol. 130); iii) ha sido aceptado por Porvenir S.A., que el inicio de cotizaciones a favor del actor se realizó sin mediar formulario de afiliación o traslado de régimen suscrito y firmado por el actor; iv) previa solicitud del demandante, la AFP Porvenir S.A. a través de escrito del 18-01-2018 informó sobre la invalidación de la afiliación al no mediar el consentimiento libre y expreso, disponiendo el traslado de los aportes hacia Colpensiones a través del proceso de no vinculados, adjuntando informe suscrito por el perito grafólogo donde se determinó que se gestionaría anulación de la afiliación por registrar voluntad pero del empleador (fs. 154 a 156).

Radicado: 660013105-002-2018-00591-01
Demanda: Luis Humberto Bermeo Cabrera
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

A propósito, de acuerdo con las historias laborales aportadas en la demanda tanto de Colpensiones como de Porvenir S.A. (fl. 20-21), se constata el inicio de aportes ante esta última administradora para el ciclo de 01-1995 por el empleador Transportes servilujo S.A., aportante que venía realizando las cotizaciones a favor del demandante desde el ciclo 08-1994, lo que implica que el cambio de régimen fue realizado de manera tácita y, a motu proprio, por el mismo empleador y no por uno nuevo.

De otro lado, en respuesta dada por Porvenir S.A., visible a folio 160 del expediente, refiere que la razón por la que el empleador pudo realizar los aportes a favor del actor, sin mediar formulario suscrito por el señor Bermeo, se desprendía de las circunstancias del contenido del artículo 25 del decreto 692 de 1994, el cual, para mejor ilustración se transcribe, así:

“Los empleadores están obligados a solicitar a los trabajadores que se vinculen a la respectiva empresa a partir del 1o. de abril de 1994, que les informen por escrito, sobre el régimen de pensiones que desean seleccionar y la respectiva administradora. Lo anterior con el fin de efectuar oportunamente el pago de las cotizaciones y de no incurrir en las sanciones por mora.

En el evento de que el trabajador no manifieste su voluntad de acogerse a uno de los dos regímenes, o no seleccione la administradora, el empleador cumplirá la obligación de que trata el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, trasladando las sumas por concepto de aportes a cualquiera de las entidades administradoras del sistema general de pensiones legalmente autorizadas para el efecto, sin perjuicio de que con posterioridad, el trabajador se traslade de régimen o de administradora.

PARAGRAFO. Los previsto en el presente artículo se aplicará a los empleadores o empresas que no se encontraban afiliados al ISS, caja o fondo de previsión del sector público. No obstante, lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo se aplicará una vez la Superintendencia Bancaria autorice el funcionamiento de dos o más administradoras de pensiones. Lo anterior sin perjuicio de que a partir del 1o. de abril de 1994, el empleador descuenta del salario de sus trabajadores los aportes correspondientes, los cuales serán trasladados a la administradora respectiva una vez se efectúe la selección”.

Bajo el anterior escenario y, atendiendo a que el problema jurídico es establecer si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del cambio de régimen, se trae a colación los referentes legales y jurisprudenciales del caso.

6.2. De las figuras jurídicas de nulidad o ineficacia:

Radicado: 660013105-002-2018-00591-01
Demanda: Luis Humberto Bermeo Cabrera
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

Ahora, en torno a la figura jurídica a través del cual se debe ventilar el caso, al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4360 -2019, reiterada en la SL638-2020, hace la siguiente referencia:

“Para dilucidar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto, la Corte juzga necesario precisar lo siguiente frente a la figura jurídica de la ineficacia en sentido lato y algunas de sus diversas expresiones (inexistencia, nulidad e ineficacia en sentido estricto):

Cuando se alude a la **ineficacia en sentido amplio**, se hace referencia a todos los defectos o anomalías, de cualquier clase, que impiden que el acto jurídico produzca sus efectos o deje de producirlos. **Cubre todas las causas que perturban su eficacia y comprende diversas reacciones del ordenamiento jurídico tales como la inexistencia**, la nulidad absoluta, la nulidad relativa o la ineficacia en sentido estricto, que con mayor o menor intensidad golpean el acto o negocio jurídico¹.

Un acto jurídico es inexistente cuando se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación (ad substantiam actus) o cuando falta alguno de sus elementos esenciales. El acto así formado carece de existencia ante el derecho o, dicho de otro modo, no tiene vida jurídica y, por tanto, no produce ningún efecto.

En cualquiera de sus modalidades (absoluta y relativa), la nulidad es una sanción que impide que el acto jurídico produzca efectos desde el momento de su formación, por faltarle alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes (artículo 1740 del Código Civil). En este evento, el acto existe, pero está viciado por falta de alguno o algunos de los elementos de validez.

Finalmente, la *ineficacia en sentido estricto* supone un acto jurídico existente y válido, pero que no produce sus efectos finales o queda privado de ellos por expresa disposición del legislador. La Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que «*la ineficacia en sentido propio o restringido, consiste en la alteración de los resultados finales de la figura [...] sin afectar su validez*».²

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la

¹ Según la doctrina autorizada, la ineficacia del negocio jurídico en sentido lato o amplio «*abarca todo fenómeno privativo de consecuencias del negocio, y comprende desde la inexistencia hasta la simple reducción del exceso y la inoponibilidad, pasando por la nulidad, la anulación, la rescisión, la revocación*» (Hinestrosa, F., Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II, cit., p. 683)

² Cas. 21 de mayo de 1968, CXXIV, n.º 2297-2299, p. 168

Radicado: 660013105-002-2018-00591-01
Demanda: Luis Humberto Bermeo Cabrera
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que 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 [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto*».

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.

Ahora bien, podría contra argumentarse que ese precepto alude a una acción del empleador o de cualquier persona tendiente a engañar al trabajador; sin embargo, para la Corte esta es una lectura incompleta y reduccionista de la norma, en la medida que los derechos pueden ser objeto de violación o transgresión por acción, y también por omisión. Además, en ninguno de sus enunciados el texto refiere que para que se configure la ineficacia sea necesario un «*engaño*», «*artificio*» o un vicio del consentimiento; antes bien, la norma alude a «*cualquier forma*» de violación de los derechos de los trabajadores a la afiliación.

(...)

Ahora bien, no niega la Corte que en determinados casos el traslado pueda estar afectado o menguado en sus efectos por otras vicisitudes que lo golpean. Por ejemplo, cuando el afiliado no presta su consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo caso el asunto debe abordarse desde el campo de la inexistencia. Lo que quiere recalcar es que cuando la alegación sea la falta de información (lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez), el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia”.

Si bien en el presente caso, no estamos ante un caso de falta de información sino de **falta de afiliación**, de todas maneras, podemos ubicarnos dentro una cuestión de **ineficacia en sentido amplio**, tal como se vio líneas atrás, y por eso el precedente citado aplica para este asunto. Con esta aclaración, la Sala se aparta de la postura que traía en casos similares, en la que declaraba la inexistencia del acto y no la ineficacia. Con todo, la figura de la inexistencia del acto cabe dentro de la ineficacia, como explicó la corte Suprema de Justicia.

6.3. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado: Devolución de las cuotas de administración y de otros valores debidamente indexados

Radicado: 660013105-002-2018-00591-01
Demanda: Luis Humberto Bermeo Cabrera
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

El torno al segundo problema jurídico relativo a las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia, concepto que, en sentido amplio, comprende la inexistencia del acto jurídico, basta con traer a colación el criterio que ha venido manejando la Sala de Casación laboral, en la sentencia ya citada (SL4360-2019), así:

“En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al *statu quo ante*). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado 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**» (CSJ SC3201-2018).

Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al *statu quo ante* no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

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 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

Radicado: 660013105-002-2018-00591-01
Demanda: Luis Humberto Bermeo Cabrera
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

De otro lado, en la sentencia SL1421-2019, Rad. 56174, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, cuando se declara la ineficacia del traslado, se dijo que una de las consecuencias de tal situación era la devolución de las cuotas de administración a cargo de la AFP, tema que se planteó en los siguientes términos:

“devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Dicha postura fue reiterada en la sentencia SL 2611 del 1º de julio de 2020, también con Ponencia del Dr. GERARDO BOTERO ZULUAGA en la que se reafirma que, por cuenta de la ineficacia, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de ocurrir el traslado de régimen. Dijo la sentencia:

“Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, lo cual trae como consecuencia, que la accionante jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que Colfondos S.A. deberá devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, aspecto sobre el cual ya la Sala se ha pronunciado en oportunidades anteriores, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL17595-2017, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, ...”

Radicado: 660013105-002-2018-00591-01
Demanda: Luis Humberto Bermeo Cabrera
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

De lo anterior queda claro, que la ineficacia de traslado no sólo acarrea, a cargo de la AFP, la devolución de las cuotas de administración sino de toda suma que se hubiere utilizado por ejemplo para los seguros previsionales y las cuotas de garantía de pensión mínima, sumas que deben pagarse debidamente indexadas con el fin de superar el deterioro del dinero en el tiempo.

6.4. Caso concreto

En el presente asunto, de acuerdo con la historia laboral válida para prestaciones económicas allegada por Colpensiones (expediente administrativo magnético) el demandante se encontraba afiliado en el régimen de prima media con prestación definida desde el 27-05-1982 hasta el 31-12-1994 y, a partir del 1-01-1995 aparecen aportes ante Porvenir S.A.

Ahora, de acuerdo con la certificación visible a folio 126 del expediente digital 2018-0591.pdf, Porvenir S.A., informa sobre los valores consignados en la cuenta de ahorro individual del actor desde el 1-08-1994 en tanto que, en comunicación del 22-11-2017 procedente de Porvenir S.A. (folio 154, expediente digital 2018-0591.pdf), se aclara que el aquí demandante "*por voluntad del empleador se afilió a dicha AFP, a raíz de los aportes que efectuó el empleador Copenal Ltda., en aplicación del Artículo 25 del decreto 692 de 1994*", siendo aceptada la inexistencia del formulario de vinculación suscrita por el actor, lo cual se soportó con el informe del perito en documentos del área de investigaciones de Porvenir S.A., razón por la que la AFP aceptó que no había lugar al traslado de régimen, es decir, sin reconocerlo como vinculado, y como tal decidió, motu proprio, trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual hacia Colpensiones.

De lo anterior se hace evidente que al no mediar formulario de afiliación al RAIS o por lo menos, al no existir prueba alguna de su existencia de manera tal que justificaran los aportes que se recibieron sin reparo por la AFP Porvenir S.A. a partir del 1 de enero de 1995, tal y como se detalla con claridad en las historias laborales de Colpensiones y Porvenir S.A., bajo esas circunstancias, es equívoco partir de la inferencia que hizo la AFP demandada de que se trató de las circunstancias de que habla el artículo 25 del decreto 692 de 1994, porque le estaba vedado al empleador trasladar sumas por concepto de aportes a cualquier administradora en la medida que el trabajador a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, era afiliado del ISS.

Radicado: 660013105-002-2018-00591-01
Demanda: Luis Humberto Bermeo Cabrera
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

En consecuencia, al no mediar formulario de afiliación y al haberse presentado el traslado de los aportes que se venían realizando pacíficamente ante el ISS hasta el ciclo 12-1994, corresponde a una circunstancia que fue pre permitida por ambos fondos de pensiones y se opone a las garantías de una afiliación libre, voluntaria y además informada al actor, tanto así, que Porvenir S.A. al advertir el yerro por el reclamo realizado por el demandante, procedió a dejar sin efecto la afiliación y a devolver los aportes consignados en la cuenta de ahorro individual del actor hacia Colpensiones pero que, por porfía de este último, se obstaculizó.

Dichas circunstancias conllevan a concluir que además de que el acto jurídico de traslado no tiene vida jurídica y, por tanto, no produjo ningún efecto, la situación presentada se encuentra inmersa en la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador de que habla el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, como la ineficacia declarada conlleva a las consecuencias traídas a colación, la orden de remitir hacia Colpensiones la totalidad del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, gastos de administración y comisiones cobrados con cargo a sus propias utilidades debe ser confirmada al estar ajustada a derecho.

De otro lado, además de lo ordenado, también se deberán trasladar los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, sumas que deben pagarse debidamente indexadas, con cargo a sus propios recursos, lo cual se atiende por el grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones.

En suma, como la declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, conlleva al regreso automático de la demandante al régimen solidario de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones, tal entidad lo deberá aceptar sin dilación alguna.

De otro lado, respecto a la solicitud de Porvenir S.A. tendiente a que no se le condene en costas procesales, es de indicar que a pesar de que no se opuso a las pretensiones de la demanda, no se puede pasar por alto que el presente proceso se originó porque la AFP permitió y/o toleró la afiliación del demandante sin que apareciera el formulario de afiliación suscrito por el trabajador. Dicha conducta incluso amerita que se investigue por el Ministerio del Trabajo a efectos de que

Radicado: 660013105-002-2018-00591-01
Demanda: Luis Humberto Bermeo Cabrera
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

establezca si hay lugar a la imposición de las multas de que trata el artículo 271 de la ley 100³, lo que así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

Así las cosas, se adicionará el ordinal tercero de la sentencia en el sentido de condenar a Porvenir S.A. al trasladar, con cargo a sus propios recursos, a COLPENSIONES los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, sumas que deben pagarse debidamente indexadas. En lo demás, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Por otro lado, se compulsarán copias al Ministerio de Trabajo para que investigue la conducta de la AFP PORVENIR S.A. en este caso, conforme lo explicado en precedencia.

En esta instancia no se condenará en costas a PORVENIR por salir avante parcialmente su recurso, ni a COLPENSIONES porque en virtud del grado jurisdiccional de consulta se ordenó, en su favor, el traslado de otras sumas de dinero.

Finalmente, se reconocerá personería jurídica a la Dra. **Paula Andrea Murillo Betancur**, identificada con la Cédula de ciudadanía No. 1.088.307.467 y Tarjeta profesional No. 305.746 del Consejo Superior de la Judicatura, quien allegó la sustitución de poder que le hiciera el Dr. Jorge Octavio Zuluaga Rodríguez, apoderado especial de Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Primera de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

³ **ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR.** <La competencia asignada en este artículo al Ministerio de Salud, será ejercida por la Superintendencia Nacional de Salud. 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 impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud¹> en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios.

Radicado: 660013105-002-2018-00591-01
Demanda: Luis Humberto Bermeo Cabrera
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral de Circuito de Pereira, del 18 de febrero de 2020 dentro del proceso de la referencia, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones, además de lo allí ordenado, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, sumas que deben pagarse debidamente indexadas. Igualmente se ordena que las cuotas de administración que debe reintegrar (ordenadas en primera instancia) deben pagarse debidamente indexadas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO: COMPULSAR copias al Ministerio de Trabajo para que investigue la conducta de la AFP PORVENIR S.A. en este caso, a efectos de establecer si hay lugar a imponer las sanciones establecidas en el artículo 271 de la ley 100 de 1993.

CUARTO: Sin condena en costas en esta segunda instancia.

QUINTO: Reconocer personería jurídica a la Dra. **Paula Andrea Murillo Betancur**, identificada con la Cédula de ciudadanía No. 1.088.307.467 y Tarjeta profesional No. 305.746 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,



ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Radicado: 660013105-002-2018-00591-01
Demanda: Luis Humberto Bermeo Cabrera
Demandado: Porvenir S.A. y Colpensiones

La Magistrada y el Magistrado,

Sin necesidad de firma (Decreto 806 de 2020)

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Sin necesidad de firma (Decreto 806 de 2020)

JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ