

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés
(2023)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ROSALBA MUÑOZ ALEGRÍA
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. 2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A.
RADICADO	19-001-31-05-002-2020-00231-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA
TEMA	PROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DE LA SELECCIÓN INICIAL DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE REVOCA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, POR SER PROCEDENTE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DE LA SELECCIÓN INICIAL AL RÉGIMEN PENSIONAL RAIS Y SE PROFIEREN LAS CONDENAS NECESARIAS PARA GARANTIZAR A LA ACTORA SU DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES.

1. ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la Ley 2213 del 2022, la Sala Laboral, integrada por los Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado ponente, procede a proferir sentencia escrita que resuelve el **RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante**, contra la Sentencia del cinco (05) de septiembre de dos mil veintidós (2022), proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende la demandante: **(i) Se declare** la nulidad o ineficacia de la afiliación de la demandante con PORVENIR S.A., por vicios del consentimiento; **(ii) Que se declare** que la actora tiene derecho al traslado al RPM, administrado por COLPENSIONES E.I.C.E.; **(iii) Que se declare** que PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la demandante, esto es, cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubiesen causado y **(iv) Se Declare** cualquier derecho a favor de la demandante, de conformidad con las facultades *extra y ultra petita*.

En consecuencia, solicita: **(v) Se condene** a PORVENIR S.A. a trasladar a la demandante al RPM, junto con todos los valores que haya recibido con motivo de su afiliación, tales como, cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos, intereses y rendimientos; **(vi) Se condene** a PORVENIR S.A. a sumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez de la actora y que dicho valor sea consignado a COLPENSIONES E.I.C.E., una vez se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS; **(vii) Se condene**, acorde a las

facultades *extra y ultra petita* y **(viii) Se condene** a las demandadas al pago de las costas del proceso.

Como **fundamentos fácticos relevantes adujo la demandante**, nació el 09 de septiembre de 1964 y durante su vida laboral, ha prestado servicios para la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CAUCA, desde el mes de julio de 1995 y hasta la fecha; se encuentra afiliada al RAIS, desde el mes de julio de 1995 y hasta la actualidad, en virtud de la afiliación que se realizó por parte de PORVENIR S.A., de manera que, a diciembre de 2020, lleva cotizando al RAIS 25 años y 6 meses.

Que su afiliación a PORVENIR S.A., se realizó a raíz de una visita de promotores del citado fondo, donde le ofertaron unas condiciones presuntamente más favorables para obtener su pensión de vejez, que las que ofrecía el extinto ISS hoy COLPENSIONES E.I.C.E., pero omitieron brindarle información relevante, perjudicando ostensiblemente a la afiliada, pues indujeron a la señora MUÑOZ ALEGRÍA al error de afiliarse al RAIS, bajo la promesa de tener mayores beneficios que el que brinda el RPM y fue víctima de engaño por parte de los promotores de PORVENIR S.A., quienes omitieron suministrarle la información suficiente y veraz, generando un vicio en el consentimiento.

Por último, indica que el 28 de septiembre de 2020 la demandante presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES E.I.C.E., solicitando el traslado a esa administradora, pero fue resuelta en forma negativa; en igual sentido, presentó reclamación ante PORVENIR S.A. el 04 de agosto de 2020, pero también le fue negada (Archivo No. 02, págs. 32-46, expediente digital de 1ra instancia).

2.2. Contestación de la demandada PORVENIR S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderada judicial y acepta que la señora ROSALBA MUÑOZ ALEGRÍA se afilió a PORVENIR S.A. el 17 de julio de 1995, encontrándose vigente, pero que, PORVENIR S.A. cumplió con el deber de información que le correspondía, conforme a la ley vigente para la fecha del

diligenciamiento del formulario de vinculación dispuesto para tal fin y que el traslado de la actora estuvo precedido de una asesoría integral, indicándosele ventajas y desventajas de uno u otro régimen pensional, previsto en la Ley 100 de 1993.

Señala, solo hasta la expedición de la circular 016 de 2016, surgió para las AFPS la obligación de guardar los soportes documentales, y por ello, antes de dicha fecha, las asesorías eran verbales, sin que por ello pueda afirmarse que no fueran completas, transparentes y oportunas.

Finalmente, manifiesta también que, el acto de vinculación es válido por cuanto no se celebró en contra de una prohibición legal, no está inmerso en vicios del consentimiento, no se realizó bajo engaños, ni medio coacción alguna.

Propuso como excepciones de mérito, las que denominó: I) Prescripción; (II) Prohibición legal de aplicar retroactivamente la Ley; (III) Principio de confianza legítima; (IV) Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; (V) Buena fe; (VI) Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación; (VII) Prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo; (VIII) Innominado o genérica; (IX) Inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones; y (X) Debida asesoría del fondo (Archivo No. 23, expediente digital de 1ra instancia).

2.3. Contestación de la accionada COLPENSIONES E.I.C.E.

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderado judicial, luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, se opone a todas las pretensiones, al considerar que, el deber de información que tienen las administradoras de pensiones, ha tenido varias etapas, y para el momento del traslado correspondía a lo preceptuado en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Agrega, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado.

Que, la demandante se afilió de manera voluntaria, razón por la cual no es procedente el traslado del régimen pensional, de conformidad con lo establecido en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, en el que se establece que los afiliados al Sistema General de Pensiones solo podrán trasladarse de régimen cuando hayan permanecido como mínimo 5 años en el mismo, contando desde su afiliación y no le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le da derecho a la pensión

No obstante, de accederse a lo peticionado, corresponde a la AFP trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes al RPM para garantizar el financiamiento de la respectiva prestación, en los que se incluyan los recursos cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, así como asumir la merma en el capital destinado a la financiación de la prestación – gastos de administración. Las anteriores sumas, debidamente indexadas.

Por último, peticiona, en la parte resolutive de la sentencia se ordene que la A.F.P PORVENIR S.A., normalice la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIFP, y que se haga la devolución de aportes a COLPENSIONES E.I.C.E., con la respectiva entrega de archivo y el detalle de los aportes realizados.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó: (I) *Inexistencia de la obligación*; (II) *Indebida interpretación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional*; (III) *Inexistencia de vicio en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante, que traiga como consecuencia la ineficacia o invalidez de la misma*; (IV) *Imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos*; (V) *Buena fe*; (VI) *Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones*; (VII) *Prescripción*; (VIII) *Responsabilidad sui generis de las*

entidades de la seguridad social; (IX) Juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado; (X) Improcedencia del cobro de costas a Colpensiones; (XI) Improcedencia de la declaración de ineficacia y/o nulidad de traslado en casos en que el actor se encuentre pensionado y (XII) Innominada o genérica (Archivo No. 38, expediente digital de 1ra instancia).

2.4. Decisión de primera instancia

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día cinco (05) de septiembre de dos mil veintidós (2022), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar SENTENCIA en la cual resolvió: **i) DECLARAR** probada la excepción de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; y **ii) CONDENAR** en costas a la demandante ROSALBA MUÑOZ ALEGRÍA.

TESIS DEL JUEZ: El Despacho sostiene, al no existir afiliación previa al RPMPD hoy administrado por Colpensiones, no es posible dejar sin efectos su afiliación única al RAIS, a través de Porvenir S.A., con efectividad a partir del 17 de julio de 1995, constatando que la actora no ha estado afiliada al RPMPD y reporta un total de 1.248 semanas en el RAIS.

Acude a los recientes pronunciamientos de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pese a que, en el proceso, la AFP Porvenir S.A. no acredita que al momento de la afiliación cumplió con el deber de suministrar una información suficiente y clara, no es posible generar la ineficacia del acto jurídico de afiliación inicial, al no existir un vínculo previo con el RPMPD para disponer su retorno, razón por la cual negó las pretensiones de la demanda.

2.5. RECURSO DE APELACIÓN PROPUESTO POR LA PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante, por intermedio de su apoderada judicial, presentó recurso de apelación y cita textualmente el primer aparte del

artículo 271 de la Ley de 100 de 1993, para luego concluir que conforme al inciso final de la misma normativa, al quedar sin efectos jurídicos la afiliación, se debe realizar nuevamente en forma libre y espontánea por parte del afiliado ya “... ..que en este proceso, esa decisión libre y voluntaria brilla por su ausencia, ya que como se probó en la prueba testimonial recaudada, mi mandante no recibió la debida asesoría de Porvenir, asesoría que debió haber sido en un lenguaje claro, entendible y que le permitiera escoger uno de los dos regímenes, elemento indispensable al momento de la afiliación.

Contrario sensu, cómo se indicó en las declaraciones, en el acto de afiliación se realizó en el afán del promotor de traer nuevos afiliados, dejando de lado las consecuencias que ello traería a futuro, quedando claro que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto de afiliación y, por ende, abre camino a que mi mandante pueda realizar en forma libre y espontánea su afiliación.

Por tanto, la libertad y la voluntad del afiliado en la selección de cualquiera de estos dos regímenes, así como el deber de información, componen dos elementos esenciales intrínsecos y propios del acto de afiliación. La sentencia SL3199, calendada el 14 de julio de 2021. Radicado 84288 indica que, las AFP desde sus inicios tienen la obligación de brindar una información clara, suficiente, que permitan al afiliado tomar una decisión respecto de esa afiliación.

Se tiene entonces qué, es procedente aplicar las consecuencias previstas por el legislador cuando se omiten con ese deber de información, en los casos de ineficacia de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, pues afirmar lo contrario, en los casos de la afiliación inicial, sería contrariar ese deber de información a cargo de las AFP, es decir, que la persona que al afiliarse por primera vez, no tendría derecho a recibir una correcta asesoría, contrariando lo preceptuado en el artículo 270 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993, quienes imponen esta obligación a las AFP y la consecuencia de no hacerlo, da vía libre a realizarse una afiliación en forma libre y espontánea, dejando sin efecto la afiliación inicial.

Me permito también traer a colación la sentencia proferida por el honorable Tribunal del Distrito Judicial de Popayán la Sala Laboral, calendada el 12 de julio de 2022, en proceso bajo radicado 2021-00001-01, donde figura como demandante la señora Ruby Esneda Mosquera Hurtado, indica el Tribunal:

"Colofón de lo expuesto toda vez que ineficacia de la afiliación inicial priva al acto jurídico de sus efectos, a tal punto de considerar que nunca

existió. La demandante obtendrá todos los beneficios del régimen de prima media, por tanto, se adicionará el numeral primero en la parte resolutive de la sentencia de primer grado en el sentido de declarar que la ineficacia opera respecto de la afiliación inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada por la demandante desde el 17 de febrero de 1997, fecha desde la cual la afiliación se entenderá surtida ante el Régimen de Prima Media, administrado ahora por Colpensiones. Finalmente, es preciso recordar que la viabilidad de la ineficacia de la afiliación inicial por la falta al deber de información expuesta en el sublite, ya ha sido acogida por esta sala laboral en sentencias de 12 de octubre, radicación 190013105003-2019-002-01, del 15 de febrero de 2022; radicación 19013105003-2020-00011-01 con potencia del doctor Carlos Eduardo Carvajal Valencia y Fallos número 038 del 02 de junio de 2022, radicación 913105002-2020-00157-01, con ponencia de la doctora Claudia Cecilia Toro Ramírez"

Entonces, siendo, así las cosas, pues se tiene que PORVENIR no cumplió con el deber de suministrar una información completa y suficiente, que le permitiera a mi mandante verificar la posibilidad real de conocer los aspectos positivos como negativos de cada régimen pensional, por tanto, atendiendo a lo dispuesto en el numeral primero del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, se genera la ineficacia de esa afiliación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993. Lo que implica que, mi mandante queda en posibilidad de llevar a cabo una nueva afiliación, sin que sea necesario constituir una condición, que con anterioridad estuviese afiliada al régimen de prima media.

Respetuosamente solicito su señoría, se sirva conceder el presente recurso de apelación, presentado contra la sentencia proferida por este despacho y solicito muy respetuosamente al Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Popayán - Sala Laboral, se sirva conceder todas las pretensiones de la demanda. Muchas gracias."

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

En la oportunidad procesal, se recibieron los siguientes alegatos de conclusión:

i) La apoderada de la parte demandante, solicitó, se revoque el fallo proferido en primera instancia, toda vez que, siendo su deseo cotizar al ISS, le pasaron los formularios de afiliación al RAIS y ante la insistencia de la administradora de pensiones, se vio

presionada a firmar el formulario de afiliación, situación que no solamente ocurrió con la actora sino con varios funcionarios que estaban siendo contratados para esa época.

Que los promotores de PORVENIR, le suministraron asesoría verbal, más no por escrito, omitiendo información necesaria e induciéndola a error, considerando que fue víctima de engaño por parte de PORVENIR S.A. y que el testigo CARLOS ARTURO HURTADO IBÁÑEZ, quien ha sido compañero de trabajo de la actora, da fe de los hechos de la demanda.

Finalmente, agrega que, a pesar de que nunca estuvo afiliada al RPM, como lo advierte el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, al declararse la ineficacia de la afiliación inicial al RAIS, es procedente que la señora Muñoz Alegría pueda realizar nuevamente la selección del régimen al que desea afiliarse, siendo su voluntad pertenecer al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, insistiendo en precedente proferido por la Sala Laboral de este Tribunal (Archivo No. 06, expediente digital 2da instancia).

ii) El apoderado judicial de COLPENSIONES E.I.C.E., solicitó, se confirme la decisión de primera instancia, argumentando la sostenibilidad financiera del sistema, que considera, se vería afectada por la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS (Archivo No. 08, expediente digital de 2da instancia).

iii) La apoderada judicial de PORVENIR S.A., guardó silencio, dentro del término legal que le fue concedido, para presentar alegatos en esta instancia (Archivo No. 09, expediente digital de 2da instancia).

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES:

COMPETENCIA: En virtud a que la providencia de primera instancia fue apelada por la apoderada judicial de la demandante ROSALBA MUÑOZ ALEGRÍA, 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 de apelación contra la sentencia de primera instancia.

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

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

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

Por lo tanto, se cumplen todos los presupuestos procesales, sin encontrarse nulidades no saneables.

5. ASUNTOS POR RESOLVER

Acorde con el recurso de apelación propuesto por la apoderada del extremo activo, la Sala Laboral resuelve los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS**:

5.1. *¿Incurrió en yerro jurídico el Juez de primera instancia al negar la ineficacia de la selección inicial de régimen pensional que realizó la demandante el 17 de julio de 1995, ante el RAIS administrado por PORVENIR S.A.?*

En caso de resolverse favorablemente la declaratoria de ineficacia de la afiliación inicial de la actora al RAIS, como asunto asociado se debe resolver el tema de la afiliación de la actora al RPM administrado por COLPENSIONES.

5.2. *¿Se ajusta al ordenamiento jurídico ordenar a Porvenir S.A., que traslade al RPM administrado por COLPENSIONES E.I.C.E., la totalidad de cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales si los hubiere, que obren en la cuenta de ahorro individual de la actora; así como los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, las cotizaciones con destino al fondo de garantía de la pensión mínima y las sumas adicionales de la aseguradora, debidamente indexados?*

5.3. Finalmente, en caso de prosperar las condenas, se debe verificar la procedencia de la excepción de prescripción, alegada por la parte demandada.

6. RESPUESTA A LOS CUESTIONAMIENTOS SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE INEFICACIA DE LA SELECCIÓN INICIAL AL RÉGIMEN PENSIONAL RAIS Y LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA AL RPM

Tesis de la Sala: Se dirige a **REVOCAR** la sentencia de primera instancia que negó la declaratoria de ineficacia de la selección inicial de régimen pensional, efectuada por la señora ROSALBA MUÑOZ ALEGRÍA el 17 de julio de 1995 ante el RAIS, administrado por PORVENIR S.A., y **ORDENAR** a COLPENSIONES que la afilie al RPM, por las siguientes razones:

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:

(... ...)

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

(... ...)

6.5. 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:

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

“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 de la afiliación en el año 1995, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

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

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

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

Artículo 97: Información:

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

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

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

6.7. Por medio del artículo 271 de la Ley 100/93, 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. Del estudio de los precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral permanente de la CSJ, a la fecha no existe pronunciamiento expreso, con valor de doctrina probable, sobre casos similares al presente, donde se discute la eficacia jurídica de la afiliación por primera vez al régimen pensional RAIS y se pretende por vía judicial la afiliación en el RPM administrado por COLPENSIONES.

Sin embargo, del examen de los precedentes jurisprudenciales sobre la ineficacia del TRASLADO AL RAIS, esta Sala ha encontrado procedente aplicar algunos de sus criterios a los casos como el presente, porque no riñen y en cambio, resultan totalmente claros respecto al deber del suministro de la información clara, amplia y suficiente sobre los aspectos positivos y negativos de cada uno de los dos regímenes pensionales, a cargo de las AFP al momento de la afiliación y/o traslado entre regímenes, más allá de la firma del formulario.

Esta línea puede consultarse, entre otras, en las sentencias del 9 de septiembre de 2008 con radicados 31989 y 31314; sentencia del 22 de noviembre de 2011 con radicado 33083; sentencia SL12136-2014; sentencia SL19447-2017; sentencias SL4964 y SL4689, ambas del 2018; sentencia SL1421-2019 y más reciente SL-1563-2022.

En reciente decisión contenida en la sentencia del 06 de marzo de 2023, SL-563-2023, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Nro. 02, hizo un recuento de la línea jurisprudencial vigente en materia de traslado de régimen de pensiones y expuso la siguiente **doctrina probable** construida por la Sala de Casación Laboral Permanente, en torno a esa obligación legal de las AFP:

1. Que el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, ha de abordarse desde la institución de la **ineficacia**, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas de retornar las situaciones a su estado inicial, por cuanto, en ese específico aspecto, debe acudirse a lo regulado para las nulidades sustanciales en el artículo 1746 del CC (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021).
2. Que, en ese caso, la carencia de efecto en la escogencia del RAIS impone el retorno al RPMPD de todos los emolumentos que en ese régimen se percibió (capital, rendimientos, cuotas de administración y comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros provisionales), de forma plena retroactiva e indexada, lo que incide en las inscripciones posteriores en diferentes AFP que administraren esos recursos (CSJ SL2877-2020, CSJ SL5595-2021 y CSJ SL2369-2022).
3. Que, por lo anterior, es inadecuado *i)* exigir a los reclamantes demostrar la existencia de vicios del consentimiento (CSJ SL4360-2019); *ii)* considerar que lo que se configura es un error de derecho que no invalida el acto (CSJ SL2279-2021) y, *iii)* encontrar saneada la omisión endilgada en los actos de relacionamiento (CSJ SL1561-2022) o por el desinterés del potencial afiliado en conocer más datos sobre el sistema o en el grado de instrucción del mismo (CSJ SL3349-2021).
4. Que el deber de información en cabeza de las entidades de seguridad social, pese a su evolución normativa, siempre ha

aparejado la obligación imperativa de suministrar una asesoría clara, necesaria y transparente al afiliado (CSJ SL1688-2019), esto es, de entregar la descripción comparada, en lenguaje simple y comprensible *«de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones»* (CSJ SL1452-2019).

5. Que corresponde a la demandada demostrar que para el momento en que ocurrió el cambio de régimen, brindó al peticionario la ilustración necesaria y suficiente, porque la denuncia de que ello no sucedió es una negación indefinida que invierte la carga de la prueba y, en todo caso, según el artículo 1604 del CC, es a aquella a quien le corresponde acreditar el deber de diligencia (CSJ SL1688-2019).
6. Que, por consiguiente, *«[...] el simple diligenciamiento del formulario no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia»* (CSJ SL3778-2021).
7. Que, para pretender la ineficacia de la decisión de migración, no es necesario que *«[...] el afiliado deba sufrir un perjuicio, ni ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información»* (CSJ SL4373-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL1467-2021 y CSJ SL1465-2021)."

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

En cuanto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y

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

6.9. Por otra parte, algunas de las Salas de Descongestión Laboral de la CSJ, no todas, sí sostienen la tesis de la improcedencia de la declaración de la ineficacia de la afiliación por primera vez al régimen pensional, por medio del RAIS, al considerar, por ejemplo:

(i) En la sentencia SL494-2020, se trata de la afiliación inicial al régimen pensional y con la declaración de la ineficacia se causa una defraudación al sistema.

(ii) En la sentencia SL1806-2022, luego de reseñar las normativas sobre la afiliación, se sostiene:

“Ante tal panorama legal, la primera conclusión que surge para la Sala es que esa garantía de escoger régimen pensional es una expresión de la protección del derecho fundamental a la seguridad social, en vista del carácter obligatorio e irrenunciable de este último (artículo 48 de la Constitución Política). También, que resulta relevante para preservar el equilibrio y la articulación del sistema, a la luz del principio de unidad consagrado en el literal e) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, es claro que las restricciones al libre movimiento entre regímenes pensionales tienen un sustento legal. No de otra manera se explica que el legislador hubiera sido tan explícito al disponer que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho de las personas a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, pueden ser destinatarias de sanciones económicas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación (artículo 271 de la Ley 100 de 1993).

Ahora bien, el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, señala que la afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado y dicha vinculación no se pierde por haber dejado de cotizar

durante uno o varios periodos. Al respecto, en la sentencia CSJ SL, 13 may. 2003, rad. 19137, esta Sala indicó:

La precisión del concepto ‘afiliación’ también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina ‘alta’, y aquellas en las que no lo está (se denomina ‘baja’). (Subraya la Sala)

Conviene traer a colación la sentencia CSJ SL, 5 oct. 2010, rad. 39772, en donde esta Sala precisó que la primera inscripción al sistema es permanente y, por tanto, vitalicia e irrepetible, de suerte que, para que pueda entenderse la validez de una nueva afiliación, debe efectuarse, dentro de las oportunidades legales dispuestas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993:

[...] cuando entró a regir el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 con sus dos regímenes de pensiones, el de prima media con prestación definida y el de ahorro programado, no puede decirse que JULIO CÉSAR RESTREPO RIVAS, ya había seleccionado uno de ellos, pues en ese momento no se encontraba activo en el sistema. Sólo es a partir del 7 de noviembre de 1995, cuando se vinculó nuevamente al ISS, en vigencia de la Ley 100 de 1993, que puede decirse, para efectos de lo previsto en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que hizo su “selección inicial”, por lo que solo podía cambiarse de régimen pensional pasados los tres años a que se refiere la norma, esto es, después del 7 de noviembre de 1998 y, como quiera que lo hizo el 31 de enero de 1996, dicha afiliación no cumple con las condiciones y requisitos legales, por lo que no podía producir los efectos previstos en la ley, conforme a lo ya visto.

Entonces, la afiliación es un acto jurídico único dentro de nuestro sistema pensional. Posteriormente, no puede ser desconocida su existencia, como si nunca se hubiera registrado.”²

² Negrita fuera de texto original

Más adelante, en la misma providencia, la Sala de Descongestión afirma:

“Por otra parte, la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho”.³

Y más adelante, se afirma:

“La Sala encuentra acertada la posición del ad quem de negar la ineficacia de la afiliación, pretendida por la señora Ulloa Ulloa, pues ello conllevaría un intento de retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera una selección inicial de régimen, cuando, previo a ello, no existía una situación jurídica que modificar, es decir, no hay un acto para invalidar, pues no existe estado previo de registro ante ninguna administradora, porque no había afiliación o vinculación al Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).

Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de

³ Negrita fuera de texto original

Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem”⁴

(iii) El anterior criterio, fue reiterado en la providencia SL3624-2022, para concluir:

“(…) De manera tal que no hubo error por parte del Tribunal al determinar que la ineficacia de traslado no resultaba aplicable en este caso, pues traería consigo desconocer los efectos jurídicos de la selección inicial que realizó el señor Ruíz Pérez de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.”⁵

(iv) También se reitera en la sentencia SL4059-2022.

6.12. HECHOS PROBADOS RELEVANTES

Del examen de los medios de prueba documentales más relevantes, aportados por las partes y ordenados como pruebas, sin tachas, y el testimonio recaudado en el proceso, en conjunto con las contestaciones a la demanda por las entidades demandadas, se obtienen los siguientes hechos probados:

6.12.1. De conformidad con la confesión de la pasiva PORVENIR al responder positivamente al hecho tercero del líbelo genitor de la demanda, sobre la afiliación de la actora a dicho fondo desde el 17 de julio de 1995 (Archivo 23 del expediente digital de 1ra instancia), junto con la respuesta entregada por PROVENIR a la petición de la actora (Archivo 2 del expediente digital de 1ra instancia), sumado el registro de afiliaciones que lleva ASOFONDOS (Archivo 29 del expediente digital de 1ra instancia) se constata, la señora ROSALBA MUÑOZ ALEGRÍA, cuenta con

⁴ Negrita fuera de texto original

⁵ Negrita fuera de texto original

vinculación inicial a PORVENIR S.A., con fecha de solicitud e inicio de efectividad el 17 de julio de 1995, encontrándose actualmente afiliada a esa administradora del RAIS.

6.12.2. En la historia laboral expedida por PORVENIR S.A., no se reportan semanas cotizadas a entidades públicas y cuenta con un total de 1.248 semanas cotizadas a dicha AFP PORVENIR, siendo la primera de ellas en julio de 1995 (Archivos No. 2 y 25, expediente digital de 1ra instancia).

6.12.3. En el testimonio rendido por el señor CARLOS ARTURO HURTADO IBÁÑEZ, indicó que la demandante no estuvo afiliada, pero él (el testigo), sí estuvo afiliado un tiempo a COLPENSIONES, agregando que, no les dieron ninguna información, solo pidieron la cédula y llenaron el formato.

6.12.4. La demandante dirigió derecho de petición ante COLPENSIONES, con el fin de que la afilie al RPM y adelante las gestiones administrativas para el traslado de los ahorros y rendimientos depositados en la cuenta de ahorro individual administrada por PORVENIR, con respuesta negativa, como dan cuenta los documentos anexos en las páginas 18-19 y 22-23 del archivo número 2 del expediente digital de primera instancia.

6.12.5. La parte demandada PORVENIR SA, estando obligada, no presentó los medios de convicción para probar que efectivamente asesoró a la actora en debida forma, sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

6.13. CONCLUSIONES:

6.1.3.1. Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados y las contestaciones de la demanda, se colige, no aparece debidamente probado que la señora ROSALBA MUÑOZ ALEGRÍA hubiere estado efectivamente afiliada al RPMPD, ya fuera por vinculación al ISS, hoy COLPENSIONES, o porque hubiere estado afiliada a alguna CAJA DE PREVISIÓN

SOCIAL que por mandato de la Ley 100 de 1993 fuera admitida como administradora del RPM, en forma previa a su afiliación al RAIS, en PORVENIR, desde el 17 de julio de 1995.

6.13.2. Por el contrario, hay total certeza que la demandante siempre ha estado afiliada a PORVENIR S.A., desde el 17 de julio de 1995, donde cuenta con un total de 1.248 semanas cotizadas a seguridad social en pensión (Archivos No. 2 y 25, expediente digital de 1ra instancia).

6.13.3. Ante esta situación jurídica probada y a falta de la línea jurisprudencial con valor de doctrina probable de la CSJ en su Sala Laboral Permanente, esta Sala se reitera en su tesis de la ineficacia de la afiliación por primera vez al régimen pensional, por medio del RAIS (Sentencias del 15 de febrero de 2022, radicado No. 2020-00011-01, del 12 de julio de 2022, radicado No. 2021-00001-01, entre otras) toda vez que el deber de información que le asistía a la AFP PROVENIR, estaba vigente para el año de 1995 y tal obligación legal es general, tanto para los que se afilian por primera vez al sistema de pensiones, como para aquellos afiliados que solicitan el traslado del RPM al RAIS, tal cual se infiere de 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).

Acorde con este argumento, no se acoge la tesis de las Salas de Descongestión de la CSJ, en primer lugar, porque no es línea jurisprudencial obligatoria y, por otra parte, el hecho de que se deje sin efectos jurídicos la afiliación inicial de la actora al RAIS, esta Sala considera resulta ajustado al ordenamiento jurídico vigente la afiliación de la actora al RPM, en respuesta a su solicitud y especialmente para proteger su derecho fundamental a la seguridad social en pensiones.

Además, con esta decisión de la afiliación de la demandante al RPM no se causa ningún detrimento patrimonial a la pasiva COLPENSIONES, al ordenarse también el traslado de todos los

dineros depositados en la cuenta individual de la actora en forma íntegra e indexada.

6.13.4. Esta Sala no desconoce el principio de que la afiliación al Sistema General de Pensiones, se da por una sola vez y ostenta un carácter permanente en el tiempo (artículo 13 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.2.1.2. del Decreto Único Reglamentario No. 1833 de 2016).

Sin embargo, los criterios definidos en la línea jurisprudencial con valor de doctrina probable, referentes al deber de información por parte de las AFP, son aplicables al presente caso, toda vez que las citadas obligaciones legales para las administradoras, se predicán frente al acto jurídico, sea de afiliación inicial o de traslado de régimen, en el que prevalece el derecho del usuario de tomar una decisión libre y voluntaria, que se recuerda, requiere ser debidamente informada.

Nótese que, revisado el material probatorio adosado al plenario, se advierte que brillan por su ausencia aquellas conductas que conduzcan a determinar que la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR S.A.), al momento de la vinculación inicial de la demandante al RAIS, le hubiere brindado la información y asesoría suficiente para llevar a cabo tal acto.

Si bien la actora suscribió el formulario de afiliación, del mismo no se deduce que los asesores de la AFP le hayan informado lo necesario a fin de tomar una decisión tan trascendental de su futuro derecho pensional, explicándole los pormenores de los dos regímenes que subsisten. Aquí aplica la tesis de la CSJ-SL permanente de que la sola suscripción del formulario no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP y es insuficiente para dar por demostrado el deber de información que le asiste.

Y, con tal conducta procesal del fondo privado, cabe predicar que la demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable; ya que si se le explica desde el principio el manejo de la cuenta individual, que los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado, los factores que inciden en el monto de

la pensión; la persona tiene una información precisa, con la cual puede deducir si acepta, o no, la afiliación.

Adicionalmente, tal como lo ha sostenido esta Sala en caso similar⁶, de acuerdo con lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en pronunciamiento del 03 de septiembre de 2014, radicación No. 46292, solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada, es que el juzgador puede avalar la eficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional. A los Jueces no nos debe bastar con advertir que existió una afiliación o traslado al RAIS, sino que es menester, para la solución, advertir que el mismo era válido⁷.

6.13.5. Siguiendo la línea jurisprudencial obligatoria, se tiene definido que la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de información por parte de la AFP, trae consigo la ineficacia del negocio jurídico de la afiliación y/o del traslado de régimen, con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en su último inciso, al señalar que la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

En este caso, se ha solicitado precisamente en las pretensiones la ineficacia de la afiliación al RAIS y con la petición elevada por la actora ante COLPENSIONES, ha quedado suficientemente claro el deseo de la demandante de estar afiliada al RPM, por lo que, atendiendo la voluntad expresa de la trabajadora, sumada la obligación o deber de preservar derechos fundamentales como el de la seguridad social, así como el cumplimiento del principio o derecho a la tutela judicial efectiva, deberá ordenarse la afiliación de la promotora de la acción al entonces ISS, hoy COLPENSIONES, como administradora del Régimen de Prima

⁶ Sentencia del 22 de septiembre de 2022, radicado Nro. 190013105001-2021-00095-01, siendo demandante el señor ELKIN JAVIER IDÁRRAGA GRANDA, con ponencia de la Dra. Claudia Cecilia Toro Ramírez.

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

Media desde la fecha en que se realizó la fallida vinculación al RAIS.

Al tenor de lo expuesto, procede REVOCAR en su integridad la decisión de primera instancia, para en su lugar, declarar la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS por medio de la AFP PORVENIR y proceder a ORDENAR a COLPENSIONES que afilie a la demandante al RPM desde el 17 de julio de 1995.

Por otra parte, los argumentos anteriores son suficientes para negar las excepciones de fondo alegadas por las AFP demandadas, salvo la de prescripción que se resolverá más adelante.

7. RESPUESTA A LAS CONDENAS SOLICITADAS

Tesis de la Sala: Declarada la ineficacia de la afiliación al RAIS, resulta procedente condenar a la AFP PROVENIR a la devolución y su depósito en COLPENSIONES, de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora, en su totalidad, por concepto de sus cotizaciones, es decir, junto con las comisiones cobradas por la administración de la cuenta individual indexadas, al igual que los bonos pensionales que se hubiesen hecho efectivos, los valores pagados por las primas de los seguros previsionales, lo descontado con destino al fondo de garantía de la pensión mínima, porque, de no hacerlo, se produce una desmejora en el capital que va a recibir Colpensiones para financiar la pensión de la demandante y de paso, se produce un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

7.1. En relación con la devolución de aportes consignados en la cuenta de ahorro individual, junto con la devolución de los gastos de administración y bonos pensionales efectivos, que de manera expresa se solicitan en la demanda, la Sala avala tales pedimentos, incluida la indexación de los gastos de administración, por las siguientes razones:

Es procedente la condena a la devolución de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, que se recibieron

mientras la señora FLORINDA PILLIMUE permaneció afiliada a ese fondo privado, junto con los gastos de administración indexados descontados por la AFP, por vía de la aplicación de la doctrina probable emanada de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiterada por ejemplo en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, al afirmar:

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

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

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

el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

Se resalta el siguiente precedente de la CSJSL, por su pertinencia para esta decisión: *"...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-.*

En consecuencia, la declaratoria de la ineficacia de la afiliación trae consigo la obligatoriedad de ordenar la devolución de cotizaciones, rendimientos y gastos de administración indexados, para que ingresen a la cuenta colectiva del RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ-SCL, SL4360-2019) y permitan la financiación del derecho pensional, sin causar detrimento en las finanzas de Colpensiones.

Ahora, procede la indexación de los valores descontados por los gastos de administración, con el fin de que conserven su valor actualizado al momento de su devolución.

Los precedentes atrás expuestos, sirven de sustento para ordenar la devolución de bonos pensionales, en caso de que se hubieren expedido e ingresado a la cuenta individual.

7.2. En cuanto a las sumas por concepto de la cotización destinada a la garantía de pensión mínima: la Sala estima procedente ordenar a 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 debe ORDENAR 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 de la demandante, en tanto se trata de un rubro que en la actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada.

7.3. En relación con la **devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras**, se debe precisar que tal devolución sólo resulta procedente, siempre que se hayan causado, es decir, cuando se ha configurado el riesgo asegurado y en este caso no estamos en presencia del reconocimiento de tales riesgos.

Por lo tanto, no procede ordenar tal devolución.

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

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

Lo anterior, porque, el valor de las pólizas de seguro se saca del 3% de la cotización, destinado para el pago de las mismas y los gastos de administración, pero nunca de la cuenta individual del afiliado y conforme lo dispone el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS comprende el conjunto de entidades, normas y procedimientos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, los cuales están a cargo

de Porvenir independientemente de cómo se financien, que en el caso de la pensión de sobrevivientes y de invalidez, se financian con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional, el bono pensional (si a ello hubiere lugar) y la suma adicional, que estará a cargo de la aseguradora.

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

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

8. RESPUESTA AL TEMA DE LA PRESCRIPCIÓN, ALEGADA POR LAS DEMANDADAS

Las pasivas alegan que sí procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha de la afiliación y/o vinculación inicial al RAIS y la presentación de la demanda, transcurrió más de tres años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 1997.

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

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

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

Se insiste, la CSJSL tiene decantado, en fallos CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, reiterados en decisión del 16 de marzo de 2022, SL813-2022, entre otros, que la acción encaminada a la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen de pensiones es imprescriptible y conforme a esta línea obligatoria, no procede declarar probada la excepción de prescripción alegada por el fondo privado y Colpensiones.

8. COSTAS

En aplicación del numeral 1° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, no

procede la condena en costas en esta instancia, al resolverse en forma favorable el recurso de apelación de la actora.

En cambio, procede la condena en costas de primera instancia, a cargo de las entidades demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, a favor de la demandante, al prosperar sus pretensiones y le corresponde al Juez de Primera Instancia fijar las agencias en derecho, junto con la liquidación de las costas en esa instancia.

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: REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA), dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, de conformidad con las motivaciones anteriores.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia jurídica del acto o negocio jurídico de la afiliación inicial al RAIS efectuado por la demandante, a través de HORIZONTE (hoy PORVENIR S.A.), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la AFP COLPENSIONES proceda en forma inmediata a AFILIAR a la demandante al RPM desde el 17 de julio de 1995, con la colaboración de la AFP PORVENIR SA, la cual deberá hacer entrega inmediata a COLPENSIONES de los archivos, historia de cotizaciones y demás documentos que tenga en su poder, necesarios para perfeccionar la afiliación al RPM. Además, la demandante deberá atender los requerimientos que le formule COLPENSIONES, estrictamente necesarios para cumplir la presente orden.

CUARTO: SE ORDENA A LA AFP PORVENIR S.A. consigne en forma inmediata, los siguientes valores en la cuenta

bancaria que le indique **COLPENSIONES**: (i) El capital, con sus rendimientos financieros, que existan en la cuenta individual de la demandante a la fecha de la consignación; (ii) los dineros descontados por concepto de gastos de administración, indexados; (iii) las sumas depositadas en el fondo de garantía de pensión mínima; (iv) los bonos pensionales, siempre que se hubiesen hecho efectivos y (v) las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: SE CONDENA en costas de primera instancia a la AFP PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, a favor de la demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. Le corresponde al Juez de Primera Instancia fijar las agencias en derecho y liquidar las costas en esa instancia.

SEXTO: 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.

SEPTIMO: En su debida oportunidad, devuélvase el expediente digital al juzgado de origen, debidamente actualizado.

Los Magistrados,


Firma válida
providencia judicial
LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO PONENTE


Firma válida
providencia judicial
CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL


Firma válida
providencia judicial
CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL