

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
POPAYÁN-SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JAVIER ALBERTO ÁVILA VERA
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. 2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICADO	19-001-31-05-003-2021-00039-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS-PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	- SE MODIFICA EL ORDINAL PRIMERO DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y CONSULTADA, PARA DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS. - SE ADICIONA EL ORDINAL TERCERO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y CONSULTADA, PARA ORDENAR SE NORMALICE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR EN EL SISTEMA, REMITIR ARCHIVO Y DETALLE DE COTIZACIONES A COLPENSIONES E INCLUIR LAS CONDENAS A LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, LAS

	<p>SUMAS PAGADAS POR LAS PÓLIZAS DE LOS SEGUROS PREVISIONALES Y LAS SUMAS DEPOSITADAS EN EL FONDO DE GARANTÍA DE LA PENSIÓN MÍNIMA, DEBIDAMENTE INDEXADOS, E IGUALMENTE, ORDENAR LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS ADICIONALES DE LAS ASEGURADORAS, SIEMPRE QUE SE HAYAN CAUSADO.</p> <p>-SE CONFIRMA EN LO DEMÁS.</p>
--	---

1.- ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, la Sala Laboral, integrada por los Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado ponente, procede a proferir sentencia escrita que resuelve el **RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los apoderados judiciales de la parte demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., respectivamente, y a su vez, el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES**, contra la Sentencia No. 20 del veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022), proferida en primera instancia por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende el demandante: **(i) Que se declare** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR S.A.; **(ii) Que se declare** que PORVENIR S.A., debe asumir de su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez del actor por los gastos de administración en que hubiere incurrido; **(iii) Que**

se declare que PORVENIR S.A., debe trasladar a la COLPENSIONES E.I.C.E., los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y rendimientos que se hubieren causado; y **(iv) Condenar** en costas a las demandadas.

Como **fundamentos facticos relevantes sostuvo**, se encuentra afiliado a PORVENIR S.A., desde el mes de marzo de 1998 y hasta la presente fecha, encontrándose previamente afiliado al RPM administrado por el entonces ISS.

Que un asesor de PORVENIR S.A. visitó las instalaciones de ESPUMAS DEL VALLE S.A. y le ofreció unas condiciones presuntamente más favorables, que las que podría tener en el entonces ISS, para obtener la pensión de vejez, incumpliendo la obligación de suministrar información adecuada, suficiente y cierta, para que la decisión tomada por el actor, hubiese sido verdaderamente libre y espontánea.

Agrega que la mesada pensional proyectada en el fondo Privado, corresponde a \$908.526, la cual es muy baja, ateniendo a su calidad de vida, y, por el contrario, si estuviera en el RPM, arrojaría un valor superior; diferencia que a su juicio, denota el engaño del que fue objeto, por parte de los asesores de PORVENIR S.A. (Archivo No. 03, expediente digital de 1ra instancia).

2.2. Contestación de la demanda por COLPENSIONES

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderada judicial y luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, se **opone a todas las pretensiones**, al considerar que, en el expediente no se constata que la demandante haya recibido una indebida asesoría, además de encontrarse prescrita la acción correspondiente.

En todo caso, solicita, se ordene a PORVENIR, normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIFP, y proceda a la devolución de aportes

a COLPENSIONES, con la respectiva entrega del archivo y detalle de los aportes realizados durante su permanencia en el RAIS.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó: (I) *Inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma;* (II) *Retorno en cualquier tiempo al RPM, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera;* (III) *La carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso;* (IV) *Errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C;* (V) *Indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales- vulneración del principio de la confianza legítima;* (VI) *Inoponibilidad por ser tercero de buena fe;* (VII) *Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen;* (VIII) *Se otorga un alcance que no corresponde al contenido de los Decretos 663 de 1993 y 692 de 1994, en cuanto a la voluntad vertida en el formulario de afiliación;* (IX) *Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social;* (X) *Sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación;* (XI) *Improcedencia de la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados y* (XII) *Prescripción* (Archivo No. 12, expediente digital de 1ra instancia).

2.3. 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 al responder a cada uno de los hechos de la demanda, acepta que el actor se encuentra vinculado a PORVENIR, a partir del 1 de mayo de 1998.

Sin embargo, se **opone a todas las pretensiones**, argumentando que el demandante es una persona capaz, quien manifestó de

forma libre y voluntaria su decisión de traslado, al momento de la suscripción del formulario de vinculación; y que, al afiliarse, el actor recibió la información necesaria, conforme a las normas vigentes para la época.

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) “Innominada 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. 09, expediente digital de 1ra instancia).

2.4. Decisión de primera instancia

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento, concentrada, el día veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar sentencia No. 20, en la cual resolvió: **i) DECLARAR** la INEFICACIA de la afiliación en pensiones del demandante, a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., suscrita el 18 de febrero de 1998; **(ii) DECLARAR** que el demandante nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPMPD; **iii) CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., a efectuar el pago o traslado a COLPENSIONES, como administradora del RPM, del total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del demandante, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a COLPENSIONES, junto con los bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido, y las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual del actor por concepto de gastos de administración, así como las descontadas con destino a la garantía de pensión mínima; **iv) ORDENAR** a

COLPENSIONES que reciba los valores trasladados por PORVENIR; **v) DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de fondo propuestas por las demandadas y **vi) CONDENAR** en costas a la AFP PORVENIR S.A.

TESIS DEL JUEZ: Sostuvo, el demandante, antes de su traslado a Porvenir, se encontraba vinculado al régimen de prima media, con un total de 683 semanas cotizadas allí y que actualmente está afiliado a PORVENIR, sin que se reporte el reconocimiento de pensión de vejez alguna, a su favor.

Que para la fecha en que el demandante suscribió el formulario de afiliación al RAIS, Horizonte hoy Porvenir SA, estaba obligada a entregar al posible afiliado, previamente, una información clara y precisa de los aspectos favorables o desfavorables de la decisión a tomar, lo cual no se pudo probar en este caso, en tanto Porvenir S.A. sólo aporta como prueba de esa información, la firma del formulario suscrito por la demandante y no es idónea para constatar el cumplimiento de la obligación de información.

En consecuencia, de acuerdo a criterios jurisprudenciales de la CSJ-SCL, concluyó que, en este caso no se comprobó que la demandada haya suministrado una información clara y precisa de los aspectos favorables o desfavorables de la decisión a tomar, para que la misma tuviera la condición de ser libre y voluntaria, razón por la cual el acto de afiliación es ineficaz, despachando en forma desfavorable las excepciones propuestas por Porvenir S.A.

Además, con base en criterio de la CSJ-SCL, señaló que la presente acción no es susceptible de ser afectada por el fenómeno de la prescripción.

Por lo expuesto, dejó sin efecto la afiliación del demandante a PORVENIR S.A., suscrita el 18 de febrero de 1998 y efectiva desde el 1° de mayo del mismo año, razón por la cual condenó a la referida AFP, a efectuar el traslado a Colpensiones del total de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega del mismo, junto con los bonos que eventualmente se hubieren expedido en favor de la actora, debiendo recibirlos COLPENSIONES, sin dilación alguna.

Igualmente, ordenó la devolución de las sumas por concepto de gastos de administración y con destino a la garantía de pensión mínima, desestimando también las excepciones formuladas por COLPENSIONES.

Por último, condenó en costas a PORVENIR S.A. Sin condena en costas a cargo de COLPENSIONES.

2.5. RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR PORVENIR S.A.

La demandada PORVENIR S.A., presentó recurso de apelación, en relación con las siguientes inconformidades:

1. Si bien no se alega expresamente, de la exposición argumentativa se entiende que se opone a la declaración de la INEFICACIA del acto de traslado del RPM al RAIS, al considerar que el legislador consagró los dos regímenes pensionales, con diferencias y requisitos sustanciales, que no se pueden comparar.

Sostiene que, con la decisión apelada se vulnera el principio de confianza legítima y el debido proceso, porque PORVENIR ha realizado sus labores de gestión, administración y el deber de asesoría vigente a la fecha del traslado y que no se le puede exigir el cumplimiento de normas que no estaban promulgadas.

Argumenta, con la firma en el formulario de vinculación, el demandante manifestó su voluntad de vinculación al RAIS; además, al permanecer por más de 23 años, se demuestra su intención y decisión de estar en el RAIS, es decir, se cumplen los requisitos para la validez de la selección del régimen pensional.

No está de acuerdo con el traslado de la carga de la prueba, porque el demandante no es lego y pudo haber solicitado la información necesaria “... acerca de las deferencias de un régimen y otro, a través de los diferentes canales que tenía a su disposición, como por ejemplo: no se acercó al defensor del consumidor financiero, no se acercó a la superintendencia financiera de Colombia, no se acercó al Ministerio de Trabajo, ni al Ministerio de Hacienda; tampoco ejerció su derecho de retracto de afiliación, tampoco intentó volverse al régimen de prima media, después de transcurridos 5 años, o antes de que le faltará menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, tampoco hizo uso

efectivo del periodo de gracia otorgado por la ley 797 2003, razón por la cual, no es posible que se pretenda que PORVENIR S.A., asuma las consecuencias de las decisiones del demandante, por las omisiones o inacción, en la medida en que, cada afiliado, es responsable de mantenerse informado, no le es dable alegar el desconocimiento de las normas como excusa para iniciar un litigio, que permite incumplir tal información, artículo 1509 del Código Civil, según la cual la ignorancia de la ley no sirve de excusa.”

Resalta las declaraciones del demandante realizadas en el interrogatorio de parte, de que no se interesó por su plan de pensión, ni de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, que no buscó asesoría, pero que sí ratificó haber recibido los extractos de PORVENIR y sólo ahora cuando está próximo a cumplir la edad de pensión, decide regresar al RPM, por fuera de los plazos de la Ley 100.

2. Se opone a la orden de la devolución de los gastos de administración, al desconocerse las reglas de restituciones mutuas, *“... ..porque éstos fueron utilizados para la operación normal de la administradora y son los que hacen posible que los saldos devueltos al régimen de prima media, incluyan rendimientos, por lo tanto, pues claramente se está ocasionando un enriquecimiento sin causa a favor del demandante y un empobrecimiento para PORVENIR SA, quien no ha hecho otra cosa sino cumplir con las obligaciones propias dentro del régimen de ahorro individual y también, pues bajo el principio de confianza legítima, ha efectuado todas sus labores de gestión y administración.”*

A continuación, solicita la aplicación del artículo 1746 del CC, pero teniendo en cuenta que se cumplieron obligaciones de hacer, *“... ..como son las del presente caso, pues en este caso todas las obligaciones o las gestiones adelantadas para que esos dineros puedan tener rendimientos, pues ya no es posible deshacer y en ese orden de ideas, no es procedente esta devolución de gastos por administración.”*

El artículo 963 del Código Civil, resulta inaplicable para los eventos de ineficacia de traslados de regímenes pensionales, debido a que no se puede reportar que los gastos de administración son deterioros sufridos frente al patrimonio del demandante, pues estos no tienen otra destinación que servir para la financiación de la pensión de vejez, y por ello, digamos, esos gastos de administración, tienen el único fin, que es hacer que esos dineros puedan tener rendimientos, en efecto, cuando el legislador impuso a las sociedades administradoras de pensiones, las obligaciones consagradas en el artículo 14 del decreto 656 de 1994,

fue precisamente con la finalidad de lograr los objetivos de salvaguardar el patrimonio del afiliado, para que éste sirva el cumplimiento de la finalidad a la que se encuentran afecto, esto es, servir para la financiación de la pensión de vejez.

Desde esa perspectiva, resulta alejado del funcionamiento del RAIS, considerar como un deterioro al patrimonio del afiliado, la erogación correspondiente a los dineros que se destinan a cubrir los costos en que incurre la administradora, para desarrollar las actividades tendientes al cumplimiento de sus obligaciones, cuyo objeto no es otro que la conservación de los recursos entregados por aquel.

A esto debe agregarse, que el afiliado también hubiera tenido que incurrir en gastos de administración, de haber permanecido afiliado al régimen de prima media, pues el legislador estableció para ambos regímenes, que el 3% de los dineros cotizados, se destinan a cubrir los gastos de administración, eso impide considerar que los cobros por administración y en pensiones, pueda considerarse como un deterioro al patrimonio del afiliado, pero cierto es que esos dineros, tampoco hubiesen ingresado como parte de sus aportes para la financiación de la pensión de vejez en el régimen de prima media.

Desde esta perspectiva, el análisis para establecer si una erogación constituye un detrimento al patrimonio del afiliado, no se puede hacer al margen de una norma, de una normativa que rige el régimen pensional correspondiente, por esta razón, el ejercicio no puede ser simplemente determinar si los dineros dejan de hacer parte del capital destinado a financiar la pensión, pues lo cierto es que se trata de una erogación prevista por el legislador, para conservar e incrementar los recursos del afiliado y financiar la pensión de vejez, por tanto, mal se puede tildar de un deterioro.

Es también susceptible de hablarse aquí, de la teoría de los actos propios, el demandante al momento de suscribir ese formulario de vinculación, generó un contrato válido para el sistema, y de ahí se generaron obligaciones recíprocas para las partes, por ello, PORVENIR S.A., en cumplimiento de esas obligaciones, efectuó todas las labores de administración

En consecuencia, solicito muy comedidamente a los señores magistrados, revocar la orden emitida en primera instancia, respecto a la devolución de los gastos de la administración y que también se tenga en cuenta que la vinculación del demandante, realmente obedece a los requisitos, y se efectuó conforme a la ley y la jurisprudencia vigente para el año 1998, en esos términos quedaría presentado mi recurso de apelación, muchas gracias.”

2.6. RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR COLPENSIONES E.I.C.E.

Los reparos a la sentencia de primera instancia, se circunscriben al considerar, con la declaratoria de ineficacia del traslado del RPM al RAIS, se produce una afectación a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, según se manifestó en la sentencia C-1024 de 2004, SU062 del 2010 de la Corte Constitucional y resalta apartes de las sentencias T-489 2010 y C-086 de 2016 sobre la carga dinámica de la prueba.

Finaliza solicitando la revocatoria de la sentencia impugnada y negar las pretensiones de la demanda.

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

i) La apoderada del demandante, se ratifica en los alegatos planteados en primera instancia (Archivo No. 10, expediente digital de 2da instancia).

ii) La demandada Porvenir S.A., por intermedio de apoderada judicial, allegó escrito de alegatos de conclusión mediante el cual solicitó, se revoque la decisión de primera instancia, argumentando que PORVENIR cumplió con el deber de información que le era exigible, para la fecha del traslado, razón por la cual no puede ser declarado ineficaz.

No obstante, de mantenerse la decisión, solicitó, no se ordene el traslado de las cuotas de administración, ni primas de seguro, pues con ello se desconocen las reglas sobre restituciones mutuas.

Alega que todas sus actuaciones las realizó de buena fe y que las decisiones judiciales deben considerar las reglas sobre restituciones mutuas, equidad y sostenibilidad financiera.

Para el efecto, hizo referencia al deber de información, a la vulneración del principio de confianza legítima, el desconocimiento de los límites del deber de información, la vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba y valoración probatoria y afirma que se desconocen las reglas existentes en materia de restituciones mutuas.

Finalmente, sostiene que los gastos de administración, no constituyen un detrimento al patrimonio del afiliado. (Archivo No. 12, expediente digital de 2da instancia).

iii) La apoderada judicial de Colpensiones, se ratificó en los argumentos expuestos en la contestación de demanda y en el recurso de apelación y señaló que, para el momento del traslado de la actora, no les era exigibles a los fondos documentar las asesorías a sus afiliados, por fuera del formulario de afiliación.

También peticiona, que todos los valores ordenados en primera instancia, además de las sumas adicionales de la aseguradora, en caso de que estos se hubiesen causado, se trasladen a COLPENSIONES debidamente indexados, es decir, no solamente lo atinente a la indexación de los gastos de administración, tal como lo viene indicando la H. Corte Suprema de Justicia sobre el tema en sus reciente providencias. Lo anterior, en virtud del grado jurisdiccional de consulta (archivo No. 14, expediente digital 2da instancia).

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES:

COMPETENCIA: En virtud a que la providencia de primera instancia fue apelada por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, quienes integran la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del CPTSS, modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, esta Sala de Tribunal es competente para desatar los recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia.

De igual forma, se tramitará conjuntamente el grado jurisdiccional de consulta al ser desfavorable la sentencia a COLPENSIONES.

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

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

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

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

5. ASUNTOS POR RESOLVER

Acorde con los recursos de apelación formulados y en respuesta al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, la Sala Laboral resuelve los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS**:

5.1. Para responder a los recursos de apelación de PROVENIR Y COLPENSIONES:

¿Procede la declaración de ineficacia del traslado de la afiliación del demandante, del RPM, hoy administrado por Colpensiones, al RAIS administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.?

Como asuntos asociados, se analizan los temas alegados sobre (i) las consecuencias jurídicas de la permanencia del actor en el RAIS (ii) la carga de la prueba y (iii) la sostenibilidad financiera del RPM.

5.2. De ser procedente la declaración de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, en respuesta al tema sustentado en la apelación por parte de PORVENIR S.A. y en virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES, se pasa a resolver:

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico ordenar a Porvenir S.A., que traslade también al RPM, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, las cotizaciones con destino al fondo de garantía de la pensión mínima, todos estos conceptos con su respectiva indexación, así como las sumas adicionales de la aseguradora?

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

6. RESPUESTA A LOS CUESTIONAMIENTOS SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO Y CONEXOS

Tesis de la Sala: La Sala concluye, se debe **CONFIRMAR** la declaración de ineficacia contenida en la sentencia apelada. No obstante, se modificará el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y consulta, en el sentido de declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO del RPM al RAIS.

Igualmente, es pertinente adicionar el ordinal tercero de la resolutive de la decisión de primera instancia, en tanto se ordenará a PORVENIR S.A. que normalice la afiliación del demandante en el sistema que corresponda y proceda también a entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes del actor, conforme se petitionó por COLPENSIONES en su respuesta a la demanda, sin que hubiere sido objeto de pronunciamiento alguno por el A quo.

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas:

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”*.

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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

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

(... ..)

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

(... ..)

Según el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su texto original, aplicable al presente caso, el traslado entre los dos regímenes pensionales sólo se puede realizar por una sola vez cada tres (3) años contados desde la selección inicial.

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

6.5. Por medio del artículo 60 de la Ley 100/93, se regula las características del régimen pensional RAIS, y en lo que interesa, se resalta lo dispuesto en el literal c, en su versión original, atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 1998:

c) Los afiliados al sistema podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras, y seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones;

La reglamentación del literal c del artículo 60 en cita anterior, aparece en las siguientes normativas:

Sobre la escogencia del régimen pensional, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por medio del cual se reglamentó

parcialmente la Ley 100 de 1993, original, en lo relevante para resolver, regula que:

“Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. *La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora”.

6.6. A su vez, en el artículo 72, literal f) del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF) aplicable al presente caso en su texto original, por razón del traslado en el año 1998, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

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

(... ...)

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

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

Artículo 97: Información:

“1. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.”

6.7. Por medio del artículo 271 de la Ley 100/93, 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. En cuanto a la carga de la prueba del vicio en el consentimiento, aplica el artículo 1604 ibidem, el cual consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos incumbe al que ha debido emplearlo.

6.9. Sobre casos similares al que nos ocupa, y en particular sobre el deber del suministro de la información clara, amplia y suficientes sobre los aspectos positivos y negativos de cada uno de los dos regímenes pensionales, a cargo de las AFP al momento de la afiliación y/o traslado entre regímenes, más allá de la firma del formulario, la CSJ-SL, ha desarrollado una tesis pacífica, que puede consultarse entre otras en las sentencias del 9 de septiembre de 2008 con radicados 31989 y 31314; sentencia del 22 de noviembre de 2011 con radicado 33083; sentencia SL12136-2014; sentencia SL19447-2017; sentencias SL4964 y

SL4689, ambas del 2018; sentencia SL1421-2019; SL373-2021; SL3156-2022.

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

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite

que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

“3.2. Excepción de saneamiento de la nulidad relativa.

La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino

específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada. Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

[3: El artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo refiere que «No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca» el mínimo de derechos laborales.][4: Los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011 «Estatuto del Consumidor», privan de efectos, de pleno derecho, a las cláusulas abusivas incluidas en los contratos celebrados con los consumidores.][5: De acuerdo con el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el contenido de las pólizas debe "ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente Estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva".]

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

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

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

6.11. HECHOS PROBADOS RELEVANTES

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

6.11.1. El demandante estuvo afiliado al RPM, administrado por el entonces ISS, hoy COLPENSIONES, contando con un total de 683 semanas cotizadas, en el periodo comprendido del 02 de septiembre de 1981 al 31 de diciembre de diciembre de 1997 (Archivo No. 10, págs. 39-49, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.2. Con la respuesta a los hechos primero y segundo de la demanda por PORVENIR S.A., así como el historial de vinculaciones de ASOFONDOS y la solicitud de afiliación, radicada ante HORIZONTE, de fecha 18 de febrero de 1998, están probados los siguientes hechos:

i) Que el señor JAVIER ALBERTO ÁVILA VERA, se trasladó de COLPENSIONES al régimen de ahorro individual, ante HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., con fecha de inicio de efectividad el 1° de mayo de 1998 y fecha fin de efectividad 31 de marzo de 2013 (Archivo No. 10, págs. 23 y 39, expediente digital de 1ra instancia).

ii) Posteriormente, se advierte que el actor se trasladó de HORIZONTE a PORVENIR S.A., con solicitud de afiliación que data del 26 de febrero de 2013 y fecha de inicio de efectividad 1° de abril de 2013, encontrándose actualmente afiliado a dicha AFP PORVENIR (Archivo No. 10, págs. 1, 23 y 37, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.3. El señor JAVIER ALBERTO ÁVILA VERA, cuenta con 899 semanas cotizadas a PORVENIR, para un gran total de 1.582 semanas cotizadas (Archivo No. 10, págs. 39-49, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.4. En su interrogatorio de parte, el demandante no señaló hechos susceptibles de confesión, por el contrario, indicó, al momento del traslado era trabajador de la empresa ESPUMAS DEL VALLE y no se le presentaron dudas, porque no hubo la información adecuada.

Que recibía los extractos, pero no los entendía y por la escasez de tiempo, no se acercó a ninguna oficina de PORVENIR a pedir información.

Por último, señala que en la empresa siempre se solicitaba, se hiciera una visita por parte de los fondos de pensiones, pero no se hizo e indicó que, al momento en que supo de la proyección de la pensión, se sintió engañado.

CONCLUSIONES:

1. Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados y las contestaciones de la demanda, aparece debidamente probado, en el momento del traslado efectivo al RAIS el 01 de mayo de 1998, el demandante se encontraba afiliado al régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES, pues el actor cuenta con 683 semanas cotizadas, en el periodo comprendido del 02 de septiembre de 1981 al 31 de diciembre de diciembre de 1997, es decir, como el

actor cotizaba desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y bajo estas normativas, especialmente, el literal A del artículo 12 de la ley 100 de 1993 y el artículo 52 de la ley 100 de 1993, se considera que el demandante estuvo afiliado al RPM.

2. Por otra parte, del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados con la demanda y su contestación, esta Sala advierte que la pasiva HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., estando obligada, no demostró en el proceso, que le hubiese dado a conocer al demandante en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, de las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, y con tal conducta procesal, cabe predicar que el demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable; ya que si se le explica desde el principio el manejo de la cuenta individual, que los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado, los factores que inciden en el monto de la pensión; la persona tiene una información precisa, con la cual puede deducir si acepta, o no, el traslado.

Este deber de información clara y completa de los dos regímenes, sí estaba vigente para la fecha del traslado, incluso el primero de mayo de 1998, cuando se dio la afiliación efectiva a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., acorde con la interpretación sistemática del literal B) del artículo 13, en conjunto con el artículo 271, ambos de la Ley 100 de 1993 y de los artículos 72, literal f) y numeral 1, del artículo 97, ambos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF).

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

Además, al declararse la INEFICACIA del primer traslado al RAIS, deviene la ineficacia de los traslados posteriores entre las AFP del RAIS.

4. Ha de señalarse, con la sola firma del formulario no se prueba la elección libre y voluntaria del traslado y tampoco son indicios serios de tal conducta, el hecho de que el actor no sea lego, haber permanecido en el RAIS por amplio tiempo, haberse trasladado a otras administradora del RAIS (de HORIZONTE a PORVENIR, previó a la fusión de estas dos AFP) y no haber solicitado información y proyección de la pensión, toda vez que, con la sola firma del actor en el formulario de afiliación en el año 1998, cuando se dio el traslado del RPM al RAIS, no se cumple el requisito legal del suministro de información, y los indicios alegados, no constituyen prueba idónea del cumplimiento de este deber legal que tenía HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., por ser la AFP con la cual se dio el traslado del RPM al RAIS, en el año 1998.

5. Tampoco constituyen indicios serios de la validez del traslado el hecho de permanecer en el RAIS por el tiempo en que se ha mantenido en este, haber recibido extractos de la cuenta bancaria, sin presentar observaciones o ausencias de queja y no efectuar el derecho a retractarse dentro de los plazos.

Para la Sala, está en cabeza de Porvenir S.A. la carga de probar el cumplimiento de ese deber de información clara y concreta sobre las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensiona, conforme al artículo 167 del CGP, pues si el accionante sustentó su pretensión en la falta o en la indebida información por parte de dichas administradoras, está aludiendo o poniendo de presente que la parte accionada incumplió el deber de asesoramiento, lo cual constituye una negación de carácter indefinido y por ello radicaba en cabeza de las demandadas probar que sí cumplió con su deber legal, toda vez que la demostración de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearla.

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

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

7. Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la declaración de ineficacia proferida en la sentencia de primera instancia. No obstante, se modificará el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y consulta, en el sentido de declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO del RPM al RAIS como tal.

8. Así mismo, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, es pertinente adicionar el ordinal primero de la resolutive de la decisión de primera instancia, en tanto se ordenará a PORVENIR S.A. que normalice la afiliación de la demandante en el sistema que corresponda y proceda también a entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes del actor, conforme se petitionó por la administradora del RPMPD, ya que dicho pedimento que hizo COLPENSIONES en su respuesta a la demanda (Archivo No. 12, pág. 4, expediente digital de 1ra instancia), no fue objeto de pronunciamiento por el A quo (Al respecto puede verse la sentencia de la CSJ-SCL SL629-2023).

7. SOBRE EL TRASLADO A COLPENSIONES DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN INDEXADOS, LAS PRIMAS DE SEGUROS PREVISIONALES Y

LAS COTIZACIONES CON DESTINO AL FONDO DE GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA.

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

Pero también se adicionará la sentencia de primera instancia, para ordenar la devolución de los valores pagados por las primas de los seguros previsionales y la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, en el evento en que se hayan causado estas últimas, y a cargo de la demandada PORVENIR S.A., lo anterior en virtud del grado jurisdiccional de consulta, surtido a favor de COLPENSIONES E.I.C.E.

Igualmente, en virtud del grado de jurisdiccional de consulta y acorde con la línea de pensamiento de la CSJ-SCL, ante la solicitud elevada por COLPENSIONES en su escrito de alegaciones en segunda instancia, se adicionará el ordinal tercero de la resolutive de la sentencia impugnada, para ordenar que los valores a devolver, atinentes a gastos de administración, comisiones, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, deberán ser debidamente indexadas por la AFP PORVENIR, al momento de su devolución a la administradora COLPENSIONES.

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

7.1. En relación con los gastos de administración ordenados en la sentencia de primera instancia y a fin de dar respuesta a la apelación por parte de PORVENIR S.A., que de manera expresa solicita se le exima de la devolución, La Sala no avala tal pedimento por las siguientes razones:

Es procedente la condena atinente a la devolución de los gastos de administración, que se recibieron mientras la actora permaneció afiliada a cada fondo privado demandado, 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)”.

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

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

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

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

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

7.2. En punto a la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR, para la adquisición de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, surtido a favor de COLPENSIONES, la sala considera procedente adicionar el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia, para ordenar a PROVENIR la devolución de tal concepto también, pues son valores que hacen parte de la cotización y su devolución surge dentro de los efectos de la ineficacia del traslado, como figura jurídica que obliga a que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido y por eso es que la Corte Suprema de Justicia, a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga

aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

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

Lo anterior también, 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 Régimen de Ahorro Individual 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 las AFP del RAIS demandadas, 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 las AFP del RAIS no devuelvan 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 ineficacia, en tanto las dos figuras dan a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiere existido el acto o contrato, 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 le corresponde a la demandante afiliada en este proceso 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.

En consecuencia, en sede de consulta, se adicionará la sentencia de primera instancia en este aspecto, conforme se indicó previamente.

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

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

Luego entonces, como en el sub lite no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, sino simplemente determinar los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, las sumas adicionales de la aseguradora, única y exclusivamente si dicho rubro se hubiere causado.”

7.4. SOBRE LA INDEXACIÓN DE LOS CONCEPTOS A DEVOLVER POR PARTE DE PORVENIR S.A., CON DESTINO A COLPENSIONES, CONCRETAMENTE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, APORTES PARA EL FONDO DE GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA Y LAS PRIMAS DE LOS SEGUROS PREVISIONALES:

En virtud del grado de jurisdiccional de consulta surtido a favor de COLPENSIONES E.I.C.E. y acorde con la línea de pensamiento de la CSJ-SCL, ante la solicitud elevada por la referida AFP del RPM en su escrito de alegaciones en segunda instancia, se adicionará el ordinal tercero de la resolutive de la sentencia impugnada, para ordenar que los conceptos a devolver, atinentes a gastos de administración, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, deberán ser debidamente indexados por la AFP PORVENIR, al momento de su devolución a la administradora COLPENSIONES.

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

*“Por lo dicho Protección S. A, Old Mutual, Porvenir S. A. y Colfondos S. A. deben reintegrar los valores cobrados a título de gastos de administración, comisiones, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, **sumas debidamente indexadas y que les corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos (CSJ SL5292-2021), pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones. Colfondos S. A. además, deberá devolver la totalidad de los aportes pensionales que actualmente se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus respectivos rendimientos y bonos pensionales.**”²*

Así las cosas, ante la solicitud elevada por COLPENSIONES, en su escrito de alegaciones en esta instancia y en aplicación de la línea de pensamiento de la CSJ-SCL, se adicionará el ordinal

² Negrita fuera de texto original

tercero de la sentencia consultada, para ordenar la devolución indexada de los conceptos atinentes a gastos de administración, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, con el fin de que conserven su valor actualizado al momento de su devolución, conforme a la jurisprudencia en cita.

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

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verifica si procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha del traslado y la presentación de la demanda, transcurrió más de tres años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción de nulidad, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 1998.

La Sala niega la declaración de la excepción de prescripción, como quiera, que en este caso no se declara la nulidad, sino la inexistencia del acto de traslado al RAIS, que también se enmarca en lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que los hechos aquí acreditados en cuanto a la materialización de un traslado carente de voluntad y consentimiento 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.

En la sentencia en mención, se afirma:

“Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de «ineficacia», en la medida que esa consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque, desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.

*Conforme lo explicado, **los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.** Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la **afiliación**, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión» (resaltado fuera del texto original)*

En conclusión: la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)».

Esta tesis ha sido reiterada en sentencias posteriores de la CSJ-SL del 01 de julio de 2020, Radicación N° 67972, y SL1440-2021.

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia anotada, no procede declarar probada la excepción de prescripción alegada por el fondo privado accionado y Colpensiones, en tanto el(la) afiliado(a) puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral en cualquier momento para solicitar la declaración de ineficacia de la afiliación, y se defina en que régimen pensional se encuentra afiliado, aspecto que por analogía considera la Sala aplicable en este evento en que los hechos acreditados constatan una ausencia de voluntad y consentimiento en el traslado de la demandante del RPM al RAIS; resaltándose que de ser afectada la acción que busca restablecer los derechos conculcados con el fenómeno de la prescripción, transgrede directamente derechos mínimos e irrenunciables de la demandante relacionados con la seguridad social y ligados a la pensión de vejez.

9. COSTAS

En aplicación del numeral 1° del artículo 365 del C.G.P, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, procede la condena en costas en esta instancia, a cargo de las entidades apelantes – PORVENIR y COLPENSIONES E.I.C.E., por cuanto no tuvieron prosperidad sus recursos de apelación, respectivamente.

De conformidad con lo consagrado en los artículos 365 y 366 del CGP, el Magistrado Ponente fijará las agencias en derecho, en la oportunidad procesal.

10. DECISIÓN

En razón y mérito de lo expuesto la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN**, administrando justicia en nombre de La República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: SE MODIFICA el ordinal PRIMERO de la parte resolutive de la sentencia No. 20 del veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de declarar, como tal, la INEFICACIA DEL TRASLADO del demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., según lo motivado en esta providencia.

SEGUNDO: SE ADICIONA el ordinal TERCERO de la parte resolutive de la sentencia No. 20 del veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A., que normalice la afiliación del demandante en el RPM y proceda también a entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes del actor, según lo motivado en esta providencia.

TERCERO: SE ADICIONA el ordinal TERCERO de la parte resolutive de la sentencia No. 20 del veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a las AFP PORVENIR, S.A., a devolver y depositar en Colpensiones los gastos de administración, las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales y las sumas depositadas en el fondo de garantía de la pensión mínima, todos estos conceptos debidamente indexados; e igualmente, se ordena la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, siempre que se hayan causado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

En lo demás, se **confirma la sentencia** apelada y consultada, por las razones expuestas anteriormente.

CUARTO: SE CONDENA en costas de segunda instancia a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, respectivamente, a favor de la parte demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Las agencias en derecho como se dijo en la parte motiva.

QUINTO: La presente sentencia queda notificada a las partes por **ESTADO ELECTRÓNICO** y con la remisión al correo electrónico de los apoderados judiciales de la copia de la presente providencia para su conocimiento.

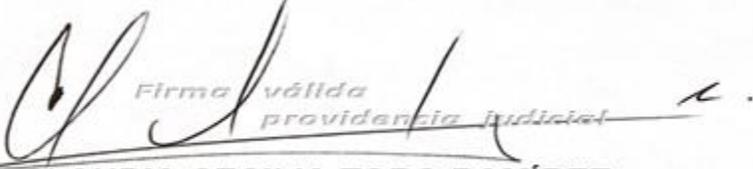
Los Magistrados



Firma válida
providencia judicial

**LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO PONENTE**

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO



Firma válida
providencia judicial

**CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL**



Firma válida
providencia judicial

**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL**