

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
POPAYÁN-SALA LABORAL

Magistrado Ponente: LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, dos (02) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ELIZABETH ROJAS CAICEDO
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. 2. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A.
RADICADO	19-001-31-05-002-2021-00179-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS-PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	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 INDEXADOS, LAS SUMAS PAGADAS POR LAS PÓLIZAS DE LOS SEGUROS PREVISIONALES, LAS SUMAS DEPOSITADAS EN EL FONDO DE GARANTÍA DE LA PENSIÓN MÍNIMA Y LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS ADICIONALES DE LAS ASEGURADORAS, SIEMPRE QUE SE HAYAN CAUSADO. SE CONFIRMA EN LO DEMÁS.

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 y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES**, contra la Sentencia del seis (06) de abril 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) Que se declare** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR; **(ii) Que se declare y condene a PORVENIR** a asumir de su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez de la actora, por los gastos de administración en que hubiere incurrido; y **(iii) Que se declare y condene a PORVENIR** a trasladar a la Administradora del RPM, los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado y **(iv) Que se condene** en costas a las demandadas.

Como **fundamentos facticos relevantes sostuvo**, la señora ELIZABETH ROJAS CAICEDO se trasladó a PORVENIR, en el mes de julio de 1994 y con antelación, se encontraba afiliada a la extinta caja de previsión de la Universidad del Cauca, hoy liquidada, desde el mes de diciembre de 1985, por ende, al RPM, como servidora pública.

Que promotores de PORVENIR, se presentaron e informaron a la actora, unas condiciones presuntamente más favorables, que las ofrecidas por su entonces administradora, para obtener la

pensión de vejez, teniendo en cuenta los ingresos que percibía en ese momento, pero esto no correspondía a la realidad, que se vio reflejada al solicitar la simulación del monto pensional de vejez.

En consecuencia, señala que, PORVENIR, a través de sus asesores, incumplió la obligación de suministrar información adecuada, suficiente y cierta, de manera que la decisión de la actora hubiera sido libre y espontánea.

Finalmente indica, en la proyección realizada por PORVENIR, se refleja que tendrá derecho a la pensión de vejez, en cuantía del SMLMV del año 2021, es decir, \$908.526 y si estuviera afiliada al RPM, tendría derecho a una prestación pensional por valor de \$2.100.000 (Archivo No. 03, págs. 1-20, 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 apoderado judicial, luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, se **opone a todas las pretensiones**, para lo cual acepta que la demandante se trasladó al RAIS, en el mes de julio de 1994.

Indica que la pretensión de la demanda, en nada se encuentra relacionada con las actuaciones administrativas emitidas por COLPENSIONES y que la entidad es un tercero de buena fe que no participó en el acto jurídico de traslado, que en su momento efectuó la demandante.

Agrega que el traslado se realizó en forma libre, informada y consciente, y que el deber de información que tienen las administradoras ha tenido varias etapas, de manera que, para el momento del traslado, correspondía a lo preceptuado en el D. 663 de 1993.

Solicita que, 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 se haga la devolución de los aportes a COLPENSIONES, con la

respectiva entrega de archivo y el detalle de los aportes realizados.

Propuso como excepciones de fondo: “Inexistencia de la obligación”, “indebida interpretación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional”, “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”, “imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos”, “buena fe”, “Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES”, “Prescripción”, “responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social”, “juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado”, “improcedencia del cobro de costas a Colpensiones”, “improcedencia de la declaración de ineficacia y/o nulidad de traslado en casos en que el actor se encuentre pensionado o cumpliendo requisitos para la obtención de la pensión” e “innominada o genérica” (archivo No. 31, 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 luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, se **opone a todas las pretensiones**, al considerar que, la demandante es una persona capaz y manifestó en forma libre y voluntaria su decisión de traslado, al suscribir el formulario de vinculación, dispuesto para tal fin.

Acepta la afiliación de la demandante a PORVENIR, el 1° de junio de 1994 y señala, al momento de dicha afiliación la demandante recibió una asesoría integral, conforme a las normas vigentes para la época, agregando que, solo con la expedición de la circular 016 de 2016, surgió la obligación de guardar soportes documentales, pues antes de dicha fecha, las asesorías eran verbales.

Por último, indica que el acto de vinculación por traslado es válido, por cuanto no se celebró en contra de una prohibición

legal, no está inmerso en vicios del consentimiento, ni mucho se realizó bajo engaños o coacción.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó: “prescripción”, “prohibición legal de aplicar retroactivamente la ley”, “principio de confianza legítima”, “falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas”, “Buena fe”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación”, “prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo”, “innominada o genérica”, “inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones” y “debida entrega de información por parte del fondo”. (archivo No. 10, 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, concentrada, el día seis (06) de abril de dos mil veintidós (2022), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar SENTENCIA, en la cual resolvió: **i) DECLARAR** la INEFICACIA del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que a partir del 17 de mayo de 1994, se atribuye a la señora ELIZABETH ROJAS CAICEDO, a través de la AFP PORVENIR S.A.; **(ii) DECLARAR** que la demandante conservó su derecho a permanecer en el régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por COLPENSIONES. Consecuencialmente **iii) CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., como última administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, gastos de administración, bonos pensionales, si es del caso, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado; valores que deberán ser recibidos por COLPENSIONES en razón a la ineficacia que se declara; **iv) NEGAR** la excepción de prescripción propuesta y **v) CONDENAR** en costas a la AFP PORVENIR S.A. Sin costas respecto de COLPENSIONES.

TESIS DEL JUEZ: Sostuvo, ante la ausencia de prueba en el cumplimiento de la obligación de suministrar una información clara y suficiente, en la afiliación al RAIS por parte de la accionante, hay lugar a declarar la ineficacia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, sin que para el caso haya operado la prescripción de la acción, en términos del artículo 151 del CPTSS.

Para el efecto, encontró acreditado en el expediente el formulario de afiliación de la actora al RAIS, a través de la AFP PORVENIR, diligenciado el 17 de mayo de 1994 y con efectividad a partir del 1 de junio de 1994, según el reporte SIAFP. También, de acuerdo con el historial laboral aportado a COLPENSIONES, la actora acredita 469.29 semanas cotizadas al RPMPD, y de acuerdo con el historial laboral, expedido por PORVENIR, la demandante reporta un total de 1.782 semanas cotizadas al sistema de pensiones.

Agregó que tampoco se encuentra acreditado el reconocimiento de una pensión de vejez a cargo de PORVENIR.

En consecuencia, de acuerdo a criterios jurisprudenciales de la CSJ-SCL, concluyó que, en el caso de la señora ELIZABETH ROJAS CAICEDO, no existe prueba al interior del proceso de que efectivamente se haya dado cumplimiento en debida forma al deber de información en su traslado al RAIS, razón por la cual, cada uno de los traslados que se atribuyan a la demandante, resultan ineficaces y no produjeron efectos.

Finalmente, sostuvo que, esta declaración de ineficacia impide que pueda aplicarse todo término prescriptivo, como quiera que estos actos nunca produjeron efectos y en consecuencia, la accionante puede retornar al RPM hoy administrado por Colpensiones, condenando a PORVENIR S.A., como última administradora en la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiese recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, bonos pensionales si es el caso, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado, así como gastos de administración.

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

La demandada PORVENIR S.A., alega las siguientes inconformidades:

1. Se opone a la declaración de la ineficacia del traslado al RAIS, a considerar que el acto de traslado realizado el primero de junio de 1994, es válido, eficaz, libre de cualquier vicio en el consentimiento y la actora ha ratificado su voluntad de permanencia en el RAIS.

Alega, para la fecha del traslado estaban vigentes “... ..las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Ley 100 de 1993, el Decreto 692 de 1994, el Decreto 1161 de 1994; que reglamentaron los referente a la selección del régimen pensional y afiliación en el Sistema General de Pensiones, y en momento alguno, previeron la realización de una proyección pensional, en la que se exigiera el monto de la pensión de vejez, en cada uno de los regímenes, como requisitos para efectuar el traslado y como componente de una información mínima a entregar por parte de las administradoras.

Estas disposiciones tampoco contemplaban que la Asesoría debería estar orientada a indicar al interesado la conveniencia o inconveniencia del traslado, según su valoración o de su situación personal, ni existía obligación de guardar soportes de la información entregada, diferentes a los formularios que se debían suscribir, y en los que la normatividad permitió la existencia de leyendas pre impresas, para validar la voluntariedad de la afiliación, de tal forma que la evaluación sobre la conveniencia del traslado era responsabilidad del interesado, quien tenía el deber de informarse, y así mismo, en la medida de sus capacidades, valorar adecuadamente (NO SE ENTIENDE) el régimen que mejor respondía a sus intereses.

Que la actora permaneció afiliada por 26 años y no tomó la decisión de cambiarse de régimen, dentro de los terminaos legales y la decisión de la ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

2. Solicita que en segunda instancia se revoque la orden de la devolución de saldos o de gastos de administración, “... ..**toda vez que está reglamentado que, ante el traslado de regímenes, lo que es permitido, es el traslado de los dineros depositados en la**

cuenta de ahorro individual más sus rendimientos, y que los recursos referentes a los gastos de administración, no deben ser ordenados devolver, ya que estos fueron utilizados para la operación normal de la administradora, y son los que hacen posibles que los saldos devueltos por el régimen de ahorro individual, incluyan rendimientos.

En ese orden de ideas, condenar a PORVENIR S.A., a devolver los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual más los rendimientos, y sin embargo, que Porvenir S.A tenga que devolver los gastos en los que tuvo que incurrir para que esos dineros pudieran lograr esos rendimientos, pues claramente está ocasionando un enriquecimiento sin causa en favor del demandante y un empobrecimiento para Porvenir S.A, que no ha hecho otra cosa, sino que cumplir con las labores propias dentro del régimen de ahorro individual.

En el mismo sentido, no pueden ser trasladados los recursos empleados para el pago de las primas de seguro provisional, porque estas ya fueron entregadas a las aseguradoras del mercado y no se encuentran en poder de la AFP, siendo destinadas estas al cubrimiento de los riesgos asegurados.

*Téngase en cuenta que las prestaciones que se deriven de la acaecimiento de los riesgos de invalidez y muerte, deben ser solicitadas ante la entidad administradora a la cual se encontraba afiliado el solicitante, a la fecha de ocurrencia de la muerte o de la estructuración de la invalidez, y en ese evento, la entidad administradora de pensiones, de la cual queda retirada la persona y la compañía de seguros del previsional, tiene su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de las prestaciones derivadas de la invalidez y la muerte por el período pagado, siempre que el afiliado cumpla con los requisitos de semanas de cotización; en ese orden de ideas, **esta orden respecto a la devolución de los gastos de administración, claramente altera los fines para los que está establecido, destinar parte de ese aporte que se efectúa al régimen de ahorro individual, en materia pensional, a destinar, cubrir esas primas de seguros de invalidez y muerte, ante la, ante un posible acaecimiento de esas circunstancias, situación que de ordenarse esa devolución, está afectando la correcta evolución del sistema de ahorro individual, al cual pertenece la AFP Porvenir S.A.***

*En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que **los gastos de administración, y el valor desembolsado para cubrir las primas de seguro provisional, no constituyen un detrimento del patrimonio del afiliado, se tenga en cuenta que el artículo 963 del***

*Código Civil resulta inaplicable en los eventos de ineficacia del traslado ante regímenes, debido a que **no se puede refutar que los gastos de administración y las comisiones, sean deterioro respecto de los recursos del afiliado, que son administrados por las AFP**, en efecto, cuando el legislador impuso a las sociedades administradoras de los fondos de pensiones, las obligaciones consagradas en el artículo 14 del decreto 656 de 1994, fue precisamente con la finalidad de lograr los objetivos que son, salvaguardar el patrimonio del afiliado, para que este sirva al cumplimiento de la finalidad a la cual se encuentran afecto, esto es, el financiamiento de la pensión de vejez, **desde esta perspectiva, resulta alejado al funcionamiento del RAIS, considerar como un detrimento al patrimonio del afiliado, la erogación correspondiente a los dineros que se destinan a cubrir los costos en los que incurre la administradora, para desarrollar las actividades tendientes al cumplimiento de las obligaciones, cuyo objeto no es otro sino que, conservar los recursos entregados por el afiliado.***

A esto debe agregarse que, el afiliado también hubiese 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 destinara a cubrir los gastos de administración y prima de seguros previsional de invalidez y sobreviviente, esto impide considerar que, los cobros por administración y comisión, a la luz de la regla del sistema general de seguridad social en pensiones, puedan considerarse como un detrimento al patrimonio del afiliado, pues lo cierto es que, esos dineros tampoco hubieran ingresado como parte de sus aportes para la financiación de la pensión de vejez, en el régimen de prima media.

En este orden de ideas, solicito muy respetuosamente a los señores magistrados, revocar la decisión emitida en primera instancia, muchas gracias señor juez.”

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

Los reparos a la sentencia de primera instancia, se circunscriben a los siguientes aspectos:

“En primera medida, con base en el principio de solidaridad y sostenibilidad del sistema pensional, indicaré que, me encuentro en desacuerdo con el fallo que se me acaba de notificar, por las siguientes razones de hecho y de derecho:

*Se tiene que, durante el debate probatorio, no se logró demostrar que hubo indebida o insuficiente información por parte del fondo privado, al momento de realizarse el traslado de régimen, posteriormente, **la firma en el formulario de afiliación, ya que del mismo interrogatorio, del mismo material probatorio, no se logró colegir que generara un vicio en el consentimiento, por parte de la señora Elizabeth Rojas Caicedo y del señor Camayo, en cambio, dentro del proceso de la señora ELIZABET ROJAS CAICEDO, se evidenció que por tres, en tres oportunidades, había firmado lo respectivo de permanecer en el fondo privado.***

*También es importante indicar que, con base en el artículo 1502 del código civil y siguientes, **no se genera un vicio en el consentimiento o un vicio de la voluntad,** tal como quedó expresado en su momento, en los alegatos por este extremo procesal de defensa.*

También es importante indicar que, la Corte ha indicado que existen ciertos comportamientos o actividades que demuestran compromiso del afiliado al permanecer en un régimen pensional, sentencia SL 413 del 2018, que no voy a reproducir, que es exactamente lo que hizo la señora Elizabeth Rojas Caicedo, demandante en uno de los procesos.

Por lo anterior su señoría, basándome en el principio de sostenibilidad del sistema, en los argumentos esgrimidos en los alegatos de conclusión, en la jurisprudencia enunciada y como se logró acreditar, no existe un vicio en el consentimiento de la voluntad de la señora Elizabeth rojas y del señor Efraín Camayo, solicito respetuosamente al honorable tribunal, sala laboral, revocar la sentencia proferida aquí por este honorable juzgado, muchas gracias.”

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

i) La apoderada de la demandada Porvenir S.A., 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 y se consideren 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, agrega que los gastos de administración, no constituyen un detrimento al patrimonio del afiliado. (Archivos No. 05 a 06, expediente digital de 2da instancia).

ii) El apoderado judicial de Colpensiones, solicitó, se declaren probadas las excepciones de fondo propuestas con la contestación, se revoque la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, se dé por terminado el proceso y se condene en costas a la contraparte.

Señaló que, la selección de régimen es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien expresa su consentimiento al momento de la vinculación o traslado, tal como ocurrió en el presente asunto.

Que la carga dinámica de la prueba no puede aplicarse en forma genérica y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso.

Que la Corte Suprema, sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exige al demandante de aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de

afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

En tal sentido, concluyó, la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso, debidamente individualizado.

Señaló además, durante el debate probatorio no se logró demostrar que hubo una indebida o insuficiente información por parte del fondo privado al momento de realizarse el traslado de régimen y posteriormente, la firma del formulario de afiliación, que no se configuran los elementos que permitan que el demandante pueda volver a ser parte del régimen de prima media con prestación definida, y que el actor no es un afiliado lego, pues a pesar de que no es un abogado, es una persona que cuenta con la capacidad de entender y comprender las implicaciones de su traslado y, sin embargo, no realizó ninguna pregunta a los asesores del fondo privado en la asesoría recibida y tampoco se acercó en algún momento a Colpensiones a recibir información o a solicitar una proyección pensional.

Por último, resaltó, que existen elementos notorios que exponen la intención del demandante de permanecer afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como el hecho de permanecer más de 15 años afiliado al mismo régimen; y que, en caso de que el afiliado al RAIS haya consolidado su derecho pensional y tenga la calidad de pensionado, no podrá volver al RPMPD, administrado por Colpensiones, a pesar de que logre demostrar que recibió una información errada, al ser una situación jurídica consolidada, que no es razonable revertir o retrotraer (archivos No. 11 y 12, expediente digital 2da instancia).

iii) El apoderado de la parte demandante, guardó silencio dentro del término legal que le fue concedido para presentar alegatos de conclusión en segunda instancia (archivo No. 13, 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 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 insaneables.

5. ASUNTOS POR RESOLVER

Acorde con los recursos de apelación y para responder al grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala Laboral resuelve los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS**:

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

Como asuntos asociados, se analizan los temas alegados sobre (i) las consecuencias jurídicas de la permanencia de la actora en el RAIS y (ii) 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 con su respectiva indexación, las primas de seguros previsionales y las cotizaciones con destino al fondo de garantía de la pensión mínima?

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 del traslado del RPM al RAIS, contenida en la sentencia apelada, no obstante, 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 de la demandante en el RPM y proceda también a entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes de la actora, 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*”.

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

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

(... ...)

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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

(... ...)

Según el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su texto original, aplicable al presente caso, 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 1994:

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

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

Sobre la escogencia del régimen pensional, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por medio del cual se reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, original, en lo relevante para resolver, regula que:

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

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado.

Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

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

6.6. A su vez, en el artículo 72, literal f) del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF) aplicable al presente caso en su texto original, por razón del traslado en el año 1994, 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.

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. La demandante estuvo cotizando para pensiones, por cuenta de los siguientes empleadores: **i)** UNIVERSIDAD DEL CAUCA, en el periodo comprendido del 06 de diciembre de 1985 al 03 de abril de 1994, **ii)** ASES LTDA. del 15 de abril de 1994 al 31 de diciembre de 1994 y **iii)** BANCO DEL ESTADO, el 05 de julio de 1994 y el 1 de agosto de la misma anualidad, respectivamente; contando con un total de 463.29 semanas cotizadas (Ver archivo No. 14, expediente digital de 1ra instancia).

Lo anterior, se corrobora también con la historia laboral expedida por PORVENIR S.A., que constata que la actora cuenta con 426 semanas cotizadas a su favor, por cuenta de la UNIVERSIDAD DEL CAUCA, en el periodo comprendido del 6 de diciembre de 1985 al 31 de enero de 1994 y del 1 de abril de 1994 al 3 de abril de 1994, para un total de 426 semanas cotizadas. (Archivo No. 12, pág. 2, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.2. Está probado con la respuesta al hecho primero de la demanda por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, así como el historial de vinculaciones de ASOFONDOS y la solicitud de afiliación, radicada ante PORVENIR S.A., de fecha 17 de mayo de 1994, que la señora ELIZABETH ROJAS CAICEDO se vinculó al régimen de ahorro individual, ante PORVENIR S.A., con fecha de inicio de efectividad el 1° de junio de 1994 y previamente, se encontraba cotizando ante la caja de previsión de la UNIVERSIDAD DEL CAUCA (archivos No. 10, 15, 20 y 31, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.3. Igualmente, según el historial de vinculaciones de ASOFONDOS, se constata que, posteriormente, la demandante se trasladó de PORVENIR a HORIZONTE, con fecha de inicio de efectividad el 1 de octubre de 2001 y retornó a PORVENIR con fecha de inicio de efectividad el 01 de noviembre de 2008,

encontrándose actualmente afiliada a dicho fondo (Archivo No. 20, expediente digital de 1ra instancia).

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 junio de 1994, la demandante se encontraba afiliada al régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES, pues la actora cuenta con cotizaciones a la caja de previsión de la UNIVERSIDAD DEL CAUCA, en el periodo comprendido del 6 de diciembre de 1985 al 31 de enero de 1994 y del 1 de abril de 1994 al 3 de abril de 1994, para un total de 426 semanas cotizadas, es decir, la actora 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 la demandante estuvo afiliada 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 PORVENIR S.A., estando obligada, no demostró en el proceso que, en el año 1994, cuando se suscribió solicitud de traslado, le hubiese dado a conocer a la 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 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, el traslado.

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

4. Ha de señalarse, 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 la actora no sea lega, haber permanecido en el RAIS por amplio tiempo, haberse trasladado a otras administradora del RAIS (como HORIZONTE y posteriormente retornar a PORVENIR) y no haber solicitado información y proyección de la pensión, toda vez que, se itera, con la sola firma de la actora en el formulario de afiliación en el año 1994, 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 PORVENIR S.A., por ser la AFP con la cual se dio el traslado del RPM al RAIS, en el año 1994.

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

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

Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la declaración de ineficacia del traslado, proferida en la sentencia de primera instancia.

Sin embargo, atendiendo a la petición especial que elevó COLPENSIONES en su escrito de contestación a la demanda (archivo No. 31, págs. 4 y 5, expediente digital de 1ra instancia), en sede de consulta es procedente adicionar el ordinal tercero de la resolutive de la decisión de primera instancia, en el sentido de ordenar 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 de la actora, conforme se petitionó por la administradora del RPMPD, ya que dicho pedimento no fue objeto de pronunciamiento por el A quo.

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 de la actora y de paso, se produce un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

Así mismo, se adiciona la sentencia de primera instancia, para ordenar la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, los valores pagados por las primas de

los seguros previsionales y los valores del fondo de garantía de la pensión mínima.

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 ese fondo privado, por vía de la aplicación de la doctrina probable emanada de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiterada por ejemplo en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, al afirmar:

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

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 S.A. en su recurso de apelación, pues la ineficacia del traslado, deriva en la obligatoriedad de ordenar la devolución de cotizaciones, rendimientos, y gastos de administración, entre otros, amparado en la premisa desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ-SCL, SL4360-2019).

Por lo expuesto, se confirma la decisión de primera instancia, adicionando lo referente a 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, conforme a la jurisprudencia en cita, ello en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de COLPENSIONES.

7.2. En punto a la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR S.A., para la adquisición de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, surtido a favor de COLPENSIONES y atendiendo al recurso de apelación propuesto por PORVENIR S.A., la sala procederá a analizar dicho concepto, considerando procedente adicionar el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia, para ordenar a PORVENIR S.A., 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 PORVENIR S.A., 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 S.A. 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 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 adiciona la sentencia apelada y consultada en este aspecto, conforme se indicó previamente.

7.3. En cuanto a las sumas por concepto de la cotización destinada a la garantía de pensión mínima, en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la Sala estima procedente ordenar a PORVENIR S.A. que proceda a su devolución, pues el juez de primera instancia omitió pronunciarse al respecto y tal concepto procede, 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.

A partir de lo consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, en concordancia con lo previsto en el artículo 1° de Decreto 4982 de 2007, se tiene que, tratándose de los

afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el porcentaje general del 16% del IBC o en otras palabras, la cotización, se distribuye de la siguiente manera: el 11.5% para la cuenta individual de ahorro pensional; el 3% para financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y el 1.5% para asegurar la garantía de pensión mínima.

Entonces, como la ineficacia comporta el desconocimiento de los efectos jurídicos del acto de traslado desde el mismo momento en que aquél pretendió materializarse, siendo consecuencia obligada la devolución de la cotización completa, aunque en su momento la misma haya sido distribuida en la forma indicada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, así como también los rendimientos financieros causados en vigencia de la afiliación efectuada de manera irregular, como quiera que de no haberse presentado, en el RPM la cotización también habría obtenido rendimientos. Se habrá de adicionar entonces el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que también será objeto de devolución por parte de la AFP PORVENIR S.A., las sumas que haya descontado con destino a la garantía de pensión mínima, de las 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.

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 1994.

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 pensiónales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensiónales (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 CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, procede la condena en costas en esta instancia, a cargo de las entidades apelantes – PORVENIR S.A. 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 ADICIONA el ordinal TERCERO de la parte resolutive de la sentencia del seis (06) 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 de la demandante en el RPM y proceda también a entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes de la actora, según lo motivado en esta providencia.

SEGUNDO: SE ADICIONA el ordinal TERCERO de la parte resolutive de la sentencia del seis (06) de abril de dos mil veintidós (2022), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a devolver y depositar en Colpensiones los gastos de administración indexados, las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales y las sumas depositadas en el fondo de garantía de la pensión mínima, 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.

TERCERO: SE CONDENA en costas de segunda instancia a

PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, respectivamente, a favor de la demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

CUARTO: 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