REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO	**ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE	**LIDA ROSALBA MERA PAZ.**
DEMANDADO(S)	**1. A.F.P. PORVENIR S.A.** **2. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES E.I.C.E.**
RADICADO N°	**19-001-31-05-002-2021-00026-02**
INSTANCIA	**APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA**
TEMA	**INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS.**
DECISIÓN	**SE ADICIONA EL ORDINAL CUARTO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y CONSULTADA, EN EL SENTIDO DE ORDENAR TAMBIÉN LA DEVOLUCIÓN DE LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS DEPOSITADOS EN LA CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL DE LA ACTORA Y QUE SE NORMALICE SU AFILIACIÓN EN EL SISTEMA.** **-ADEMÁS, SE MODIFICA EL ORDINAL CUARTO, EN RELACIÓN CON LOS VALORES QUE SE DEBEN DEVOLVER INDEXADOS.** **-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 los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados judiciales de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., respectivamente, y a su vez, **el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES E.I.C.E,** contra la sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022), proferida en audiencia de oralidad de trámite y juzgamiento por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA), dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Aprobado el proyecto presentado por el Magistrado Ponente, la Sala procede a proferir la presente sentencia, previo el recuento de los siguientes,

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda

Pretende la demandante: ***(i)*** Se **DECLARE** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. y en consecuencia, ***(ii)*** Se **CONDENE** a PORVENIR S.A. a trasladar al RPMPD, los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado; ***(iii)*** Se **CONDENE** a PORVENIR S.A., a asumir los detrimentos sufridos por su capital, destinado a la financiación de su pensión de vejez y ***(iv)*** Se **CONDENE** en costas procesales y agencias en derecho a las entidades demandadas. (Archivo No. 01, págs. 1-8 y archivo No. 08, págs. 4-11 –subsanación demanda-, expediente digital de 1ra instancia).

Como ***fundamentos fácticos*** señala, el 24 de septiembre de 2004 se trasladó a Porvenir, proveniente del Instituto de Seguros Sociales, pues venía cotizando al RPM desde el 21 de junio de 1989, a raíz de una visita de los promotores de Porvenir S.A., quienes ofertaron unas condiciones presuntamente más favorables para obtener la pensión de vejez, a las establecidas en el RPM, en donde se realizaban para esa época los aportes en pensiones.

Señala que el traslado se hizo a través de un formato de cambio de régimen pensional, el cual carecía de información clara y suficiente que debió recibir para la toma de tan importante decisión, respecto de su pensión de vejez.

Finalmente, manifiesta que Porvenir S.A. no le entregó un reglamento, ni la información clara y suficiente, así como tampoco aspectos positivos o negativos, especialmente en lo relativo al monto pensional, sin que exista prueba suficiente al respecto.

2.2. Contestación de la AFP PORVENIR S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, la AFP PORVENIR S.A., a través de su apoderada judicial, contestó a los hechos de la acción, aceptando que la demandante se encuentra afiliada a esa AFP desde el 11 de noviembre de 2004 y se opuso a todas las pretensiones, bajo el argumento de que la demandante es una persona capaz, a la luz del artículo 1503 del C.C., quien manifestó de forma libre y voluntaria su decisión de traslado, al momento de la suscripción del formulario de vinculación dispuesto legalmente para tal fin.

Señala que al momento de la afiliación, la demandante recibió una asesoría integral, conforme a las normas vigentes para la época y se le informaron las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional, agregando que, solo hasta la expedición de la circular 016 de 2016, surgió para las AFP la obligación de guardar los soportes documentales y por ello, antes de dicha fecha, las asesorías eran verbales, sin que por ello pueda afirmarse que no fueran completas, transparentes y oportunas; siendo la forma correcta y ajustada a la ley vigente a la fecha de vinculación.

Finalmente, la demandada propuso como *excepciones de mérito* las que denominó: *(1)* Prescripción; *(2)* Prohibición legal de aplicar retroactivamente la ley; *(3)* Principio de confianza legítima; *(4)* Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; *(5)* Buena fe; *(6)* Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación; *(7)* Prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo; *(8)* Innominada o genérica; *(9)*

Inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y *(10)* Debida asesoría del fondo (Archivo No. 31, expediente digital de 1ra instancia).

2.3. Contestación de COLPENSIONES E.I.C.E.:

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderado judicial y acepta que la demandante se trasladó a PORVENIR, proveniente del ISS.

Se opone a las pretensiones, al considerar que, la demandante se trasladó de manera libre, informada y consiente, señalando que, el deber de información que tienen las administradoras de pensiones, ha tenido varias etapas y para el momento del traslado, correspondía a lo preceptuado en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, por ende, el alcance de la asesoría que se debió brindar al momento de la afiliación, debe ser valorada bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado.

A su vez, solicitó como petición especial, que la AFP PORVENIR S.A. normalice la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIFP (Anulación a través de Mantis) y proceda a la devolución de sus aportes a COLPENSIONES, con la respectiva entrega del archivo y el detalle de aportes realizados durante la vinculación con la AFP demandada.

Finalmente, formuló como *excepciones de fondo*: *(1)* Inexistencia de la obligación; *(2)* Indebida interpretación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional; *(3)* 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; *(4)* Imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos; *(5)* Buena fe; *(6)* La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones; *(7)* Prescripción; *(8)* Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; *(9)* Juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado; *(10)* Improcedencia de la declaración de ineficacia y/o nulidad de

traslado en casos en que el actor se encuentre pensionado o cumpliendo los requisitos para la obtención de la pensión y *(11)* Innominada o genérica (Archivo No. 43, expediente digital de 1ra instancia).

2.4. <u>Intervención del Ministerio Publico:</u>

El señor Procurador 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, actuando en calidad de Agente del Ministerio Público, señala que no le constan los hechos de la demanda, por no ser parte en la relación existente entre demandante y demandados, por tanto, se atiene a lo probado en el proceso y agrega que, en caso de demostrarse los presupuestos pertinentes, tampoco se opone a las pretensiones, pues si las entidades llamadas a juicio no demuestran que brindaron la asesoría pertinente y que suministraron la información clara, oportuna y suficiente para que el traslado sea válido, éste deberá declararse ineficaz.

Propuso como *excepción de mérito* la que denominó: (1) Improcedencia de condena en costas a cargo de Colpensiones.

<u>2.5. Decisión de primera instancia</u>:

El JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el 30 de noviembre de 2022, y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA**, en la cual resolvió: ***(i)*** **DECLARAR** la INEFICACIA del traslado al RAIS, que a partir del 01 de noviembre de 2004, se atribuye a la demandante, a través de la AFP PORVENIR S.A., (…) ***(iv)*** Consecuencia de lo anterior, la accionante conservó su derecho a permanecer en el RPM, administrado por COLPENSIONES y se **CONDENA** a 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, bonos pensionales si es del caso, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, los valores

utilizados en los seguros previsionales, las comisiones, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes y los valores deberán ser recibidos por COLPENSIONES, atendiendo a la ineficacia que se declara en la presente sentencia, ***(v)*** **NEGAR** la excepción de prescripción; ***(vi)*** **CONDENAR** en costas a la AFP PORVENIR S.A.

TESIS DEL JUEZ: Sostuvo, ante la ausencia de prueba que acredite el cumplimiento por parte de la AFP Porvenir S.A., de su obligación de suministrar información clara y suficiente en el traslado del régimen, 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 excepción de prescripción.

Para el efecto, encontró como hechos probados, los siguientes:

i) Que en el expediente obra formulario de traslado al RAIS, suscrito el 24 de septiembre de 2004.

ii) Con la contestación de la demanda por Porvenir S.A., se constata la afiliación a ese fondo, con efectividad, a partir del 01 de noviembre de 2004.

iii) Igualmente, con el reporte de Asofondos, se verifica el traslado de la accionante, del RPM, hoy administrado por COLPENSIONES al RAIS, con efectividad a partir del 01 de noviembre de 2004.

iv) En la historia laboral expedida por Porvenir S.A., se reporta un total de 1.442 semanas, con 635 semanas anteriores a otras entidades públicas, válidas para bono pensional.

En consecuencia, concluye se acredita la afiliación anterior de la actora, al RPM, a través de COLPENSIONES y Porvenir S.A. no aportó prueba del cumplimiento del deber de información, al momento de su traslado, por ende, sostiene que el traslado resulta ineficaz, nunca produjo efectos, no es susceptible de sanearse e impide que pueda aplicarse todo término prescriptivo, razón por la cual, la demandante puede retornar al RPM y condena a Porvenir S.A., como última administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiera recibido con ocasión del

traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, bonos pensionales si es del caso, gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, agregando que, al momento de cumplirse esa orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes.

Finalmente, condenó en costas a Porvenir S.A. Sin condena en costas a cargo de COLPENSIONES.

2.6. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA DEMANDADA AFP PORVENIR S.A.

Se dirige a controvertir las siguientes decisiones:

1. La orden de la devolución de los gastos de administración, *"…. …pues con ello se están desconociendo las reglas sobre restituciones mutuas, reguladas en el artículo 1746 del código civil, pues a pesar de que la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías ejecutó cabalmente sus obligaciones y en tal virtud, generó una rentabilidad a favor del afiliado, aquella gestión se está dejando sin la correlativa compensación a la que tiene derecho la entidad demandada.*

Así pues, al resultar imposible retrotraer los efectos de las labores de administración desarrollada por la AFP en cada uno de estos procesos adelantados y que generaron vinculación desde el año 96 en el caso del señor Luis Eduardo Rosero, Lida Mera desde el año 2004 y Oscar Ríos Martínez desde el 1 de abril de 1998. Lo cierto, es que estamos frente a hechos ya consolidados y por lo tanto, no es procedente ordenar la restitución de las sumas percibidas por ese concepto, pues con ello se estaría quebrando el equilibrio por el que se debe propender con las restituciones mutuas. En estos casos en que no resulta viable retrotraer los efectos de la prestación ejecutada por uno de los contratantes, el carácter retroactivo de la declaratoria de ineficacia, no puede servir para generar un enriquecimiento injustificado para una de las partes.

Esto cobra especial trascendencia en los casos objeto de estas solicitudes de traslado de régimen, pues ha sido el mismo legislador el que ha determinado las obligaciones a cargo de las sociedades administradoras

de los fondos de pensiones y cesantías y su derecho de percibir una remuneración, para lo que incluso, se estableció en la misma ley el porcentaje de cotización que se puede destinar a cubrir esos gastos de administración (artículo 20, ley 100 de 1993).

Desde esa perspectiva, una adecuada aplicación de la regla sobre restituciones mutuas, supondría respetar los efectos consolidados y que no se pueden retrotraer por su propia naturaleza, como ocurre con la ejecución de las obligaciones de hacer y que implica que la prestación correlativa a aquella tampoco pueda restituirse, pues de lo contrario, se estaría generando, como se ha manifestado, un enriquecimiento injustificado en cabeza de una de las partes."

Más adelante, nuevamente se insiste en que no se ordene la devolución de los gastos de administración, con similares argumentos y agrega que "*… …No ordenar la aplicación de las restituciones mutuas, ni compensaciones solicitadas por Porvenir S.A. sobre los rendimientos financieros generados, es generar un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, al permitir que dicha entidad se beneficie, sin haber ejercido la administración de tales recursos, durante los periodos anulados."*

2. *"De otra parte, también resulta cuestionable la orden de restitución de valores correspondientes a las primas de seguros previsionales, como quiera que, el contrato de seguro es un contrato de tracto sucesivo, es claro que una vez agotado el termino por el que se adquirió la cobertura, el asegurador devengó de manera definitiva la totalidad de la prima acordada, como se colige del artículo 1070 del código de comercio.*

En este caso, debe tenerse en cuenta que dicho seguro es adquirido por las administradoras en virtud de una obligación legal, artículo 108 de la ley 100 de 1993 y que existe una coligación negocial entre la afiliación al RAIS y el seguro previsional, lo que supone analizar cómo las vicisitudes de uno afectan al otro.

A este respecto debe tenerse en cuenta que, por virtud del principio de taxatividad de esta sanción negocial la ineficacia únicamente alcanza al acto de traslado de régimen pensional y no al contrato de seguro, de tal forma que, este último, durante su vigencia fue plenamente eficaz y produjo sus efectos. Por esta razón, no resulta viable la devolución de primas de seguro previsional, del cual fue asegurado y beneficiado cada uno de los afiliados, pues lo cierto es que, si alguno de ellos hubiese tenido algún siniestro este hubiese sido cubierto con cargo a la aseguradora. Por lo tanto, en la medida en que la sociedad administradora de los fondos

de pensiones y cesantías contrató el seguro provisional, en cumplimiento de una obligación legal y que de aquello se derivó un beneficio para el afiliado durante la vigencia de la relación aseguraticia, se hace patente que la retroactividad de la ineficacia no puede hacer desaparecer los efectos de un contrato de tracto sucesivo, que se agotó mientras estuvo vigente la vinculación de cada uno de los demandantes ante Porvenir S.A.

3. Se opone a la orden de devolución de *"… …los valores depositados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes pensionales con los rendimientos generados en el régimen de ahorro individual al cual pertenece Porvenir, pues dicha orden, pues no corresponde con los efectos en sí de ineficacia, lo que correspondería seria devolver los rendimientos RISK, que son los rendimientos que se hubiesen generado dentro del régimen de prima media, que es el rendimiento porcentual mensual equivalente a la tasa anual efectiva de las reservas del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones."*

4. Por último, solicita a la Sala que se revoque la orden de la indexación de los valores por concepto de gastos de administración, primas de seguros y de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, porque *"… …se estaría incurriendo en una doble condena por el mismo asunto debatido, pues lo cierto es que, si se ordena girar los rendimientos existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante son dineros actuales, son dineros a la fecha, no se puede entonces también generar una entrega de dineros indexada, ya que eso generaría una actualización de la moneda, entonces se estaría generando una doble condena por el mismo concepto. Esto tiene sustento jurídico, en que los rendimientos financieros son un rubro que ya incluyen los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP, como consecuencia de la afiliación de cada uno de los demandantes.*

Por ende, se debe excluir la indexación ordenada, que en consideración a como se ha manifestado se estaría ordenando un doble pago. La sentencia CSJ de la Sala Laboral del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, reiterada en la sentencia del 22 de noviembre de 2011, radicado 33083, y SL 4221 de 2019, y SL 817 de 2019, regulan el tema de la indexación en la cual claramente se señala que dichas ordenes no podrían generarse, en razón a que se estaría constituyendo un doble pago para Porvenir S.A."

2.7. RECURSO DE APELACIÓN PROPUESTO POR LA DEMANDADA COLPENSIONES E.I.C.E.

Solicita a la Sala se revoque la sentencia de primera instancia, porque, *"… …si bien es cierto, en la sentencia se hace mención a que la AFP Porvenir no realiza o no brinda la información suficiente, pues que, ni demostró la información que fue brindada a cada uno de los demandantes trasladándose, procede la carga de la prueba a la demandada Porvenir.*

Pero quiero resaltar y se insiste en que, al momento de realizarse el traslado, la norma que se encontraba vigente, el decreto 663 del 93, el cual no exigía pues que la información quedara por escrito o que se les brindara una doble asesoría.

Así mismo, es de resaltar que, la elección del traslado, de realizar el traslado fue netamente de cada uno de los demandantes, realizando pues la suscripción de la solicitud de afiliación al fondo pues de, administrado por Porvenir. Así mismo debe señalarse que, los demandantes eligieron de manera libre y voluntaria la administradora y régimen pensional al que desean pertenecer.

Uno, pues procediendo al diligenciamiento del formulario y dos, realizando actos que, conforme lo señala la sentencia SL413 DE 2018, demuestran el ánimo de querer permanecer en dicho régimen, como lo son pues elementos notorios que exponen su intención de permanecer afiliados al Régimen de Ahorro Individual, como lo fue el hecho de permanecer por más de, dependiendo del caso estamos hablando entre 18 y 22 años, afiliados al Régimen de Ahorro Individual, sin decidir trasladarse dentro de los términos a Colpensiones.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que, independientemente de que la AFP Porvenir traslade a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, incluyendo sus rendimientos financieros y los gastos de administración de cada uno de estas cuentas individuales de los demandantes, se genera una afectación al sistema pensional, por cuanto nadie puede resultar subsidiado pues a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los demás afiliados a este tipo de régimen, pues su periodo mínimo de permanencia es obligatoria y es lo que contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia, que asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema, al preservar pues los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de las mesadas y el reajuste periódico de las mismas.

Conforme lo establecido, la Corte Constitucional al realizar estos traslados sin respetar esto, se estaría descapitalizando el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Por tanto, muy respetuosamente se solicita a los señores Magistrados, se revise la sentencia de primera instancia, para en su lugar revocar la decisión tomada. Gracias, señor juez."

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

3.1. El apoderado judicial de Colpensiones, solicita, se declaren probadas las excepciones de fondo propuestas con la contestación de la demanda, se revoque la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, se dé por terminado el proceso, condenando 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 que la Corte Suprema, sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime 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 la Corte también ha indicado comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional. Además, alega que existe una afectación al sistema pensional, 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 se logre demostrar que recibió una información errada, esto al ser una situación jurídica consolidada, que no es razonable revertir o retrotraer (Archivo No. 06, expediente digital 2da instancia).

3.2. La parte actora y la demandada Porvenir S.A., por intermedio de sus respectivos apoderados judiciales, guardaron silencio dentro del término legal que les fue concedido para presentar alegatos en segunda instancia (Archivo No. 07, 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, respectivamente, 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 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 al recurso de apelación de Colpensiones:

¿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 Cesantía 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 al RPM, el capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, todos estos conceptos debidamente indexados?

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.

Además, es pertinente adicionar el ordinal cuarto de la resolutiva 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, conforme se peticionó por COLPENSIONES en su respuesta a la demanda, sin que hubiere sido objeto de pronunciamiento en primera instancia, pues se pronunció respecto a la petición de entrega del archivo y detalle de aportes, pero no en lo referente a la normalización de la afiliación en el sistema que corresponda.

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 ley[1]. 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 pensiónales 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*

[1] Ley 100 de 1993, Artículo 32.

> *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 2004:

> *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, 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, por razón del traslado en el año 2004, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

"Artículo 72. Reglas de conducta de los administradores. *Las entidades vigiladas, sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios, deben obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio al interés público de conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política, para lo cual tienen la obligación legal de abstenerse de realizar las siguientes conductas:*

(… …)

f. *No suministrar la información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, a los usuarios o a los clientes de las entidades vigiladas para que éstos puedan tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas";*

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 y poder tomar decisiones informadas.

En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que estas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios".

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.° 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. °, 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.del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 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 desvirtuarlo 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 reequilibro 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. En la respuesta al hecho primero de la demanda, COLPENSIONES acepta que para el momento en que la actora se trasladó a PORVENIR, provenía del ISS (Archivo No. 43, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.2. Según la historia laboral válida para bono, se constata, la demandante cuenta con aportes cotizados a pensión ante el régimen de prima media, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, en el periodo comprendido del 21 de junio de 1989 al 30 de septiembre de 2004, fungiendo como empleadores, entre otros, los siguientes: el ISS, el Municipio de Popayán, el Hospital Universitario San José y la Corporación IPS Saludcoop Occidente (Archivo No. 35, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.3. De conformidad con la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones y/o cesantías PORVENIR S.A., No. 10905282, de fecha 24 de septiembre del 2004 y el registro de afiliaciones que lleva ASOFONDOS, se constata, la señora LIDA ROSALBA MERA PAZ, se trasladó de régimen, de COLPENSIONES a PORVENIR, mediante solicitud del 24 de septiembre del 2004 y fecha de inicio de efectividad: 01 de noviembre de 2004 (Archivos No. 16 y 33, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.4. Según la historia laboral expedida por PORVENIR, la señora LIDA ROSALBA MERA PAZ cuenta con un total de 1.442 semanas cotizadas en total a pensión, de las cuales, 635.4 semanas fueron cotizadas a otro régimen pensional (en entidades públicas) y 804 semanas a PORVENIR (Archivo No. 34, expediente digital de 1ra instancia).

CONCLUSIONES:

1. Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados y la contestación de la demanda por

COLPENSIONES, aparece debidamente probado, en el momento del traslado efectivo al RAIS el 01 de noviembre del 2004, la demandante se encontraba afiliada al régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES, pues cuenta con cotizaciones efectuadas desde el 21 de junio de 1989 al 30 de septiembre del 2004, entre otras, en entidades públicas (Archivo No. 35, expediente digital de 1ra instancia), 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 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 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, incluso el 01 de noviembre de 2004, 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, con la sola firma del formulario de traslado, 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 y no haber solicitado información y proyección de la pensión, toda vez que, con la sola firma de la actora en el formulario de traslado en el año 2004, cuando se dio el traslado del RPM al RAIS, no se cumple el requisito legal del suministro de información, y los referidos indicios, 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 2004.

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 lo sostenibilidad financiera de dicho fondo.

6. Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la declaración de ineficacia proferida en la sentencia de primera instancia, siendo COLPENSIONES la actual administradora del RPM y, por ende, es la AFP que, efectivamente, debe administrar los dineros de la cuenta de ahorro individual de la actora.

7. No obstante, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, es

pertinente adicionar el ordinal cuarto de la resolutiva de la decisión de primera instancia, para ordenar a PORVENIR S.A. que normalice la afiliación de la demandante en el sistema que corresponda, ya que dicho pedimento que hizo COLPENSIONES en su respuesta a la demanda (Archivo No. 43, pág. 5, expediente digital de 1ra instancia) no fue objeto de pronunciamiento por el Juez de Primera Instancia, quien únicamente se pronunció sobre la petición de entregar a COLPENSIONES el historial laboral actualizado.

7. SOBRE EL TRASLADO A COLPENSIONES DE LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS DE LA CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL, GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y LAS PRIMAS DE SEGUROS PREVISIONALES, TODOS ESTOS CONCEPTOS INDEXADOS

Tesis de la Sala: Resulta procedente confirmar la sentencia de primera instancia que ordenó la devolución del capital, siendo pertinente adicionar la sentencia consultada, para ordenar también la devolución de los rendimientos financieros depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora y, además, se modificará la providencia en el sentido de aclarar que estos valores a trasladar, relativos a capital y rendimientos, no se indexarán.

Se confirma la devolución de los gastos de administración o comisiones, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, debidamente indexados por la AFP PORVENIR, al momento de su devolución a la administradora COLPENSIONES, 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.

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

7.1. Del estudio en detalle de la línea de pensamiento de la CSJ-SCL, sobre los valores a devolver al RPM y la procedencia de su indexación, por parte de las administradoras del RAIS, como

consecuencia de la declaración de la ineficacia de la afiliación y/o traslado, encontramos:

En la sentencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, se sostiene:

> *"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 que 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, se devolverán indexados:

> *"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).”***[2]

También en la SL4174 del 2021, la SL629-2023 y recientemente la SL769-2023 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****.”*[3]

7.2. Acorde con los anteriores precedentes, la Sala concluye, en virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido a favor de COLPENSIONES, es pertinente adicionar la sentencia consultada, para ordenar también la devolución de los rendimientos financieros depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora, pues el Juez de Primera Instancia omitió ordenar su

---

[2] Negrita fuera de texto original
[3] Negrita fuera de texto original

devolución, siendo procedente la misma, acorde a los criterios jurisprudenciales en cita. Además, se modificará la providencia consultada, en el sentido de aclarar que estos valores a trasladar, relativos a capital y rendimientos, no se indexarán.

En consecuencia, se debe resolver favorablemente el recurso de apelación de PORVENIR, pero en forma parcial, y por ende, se modificará la sentencia de primera instancia, para precisar que sólo serán objeto de indexación los gastos de administración o comisiones, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, toda vez que el capital depositado en la cuenta individual del actor se devolverá con los rendimientos financieros obtenidos hasta el momento de su traslado a Colpensiones, es decir, tal capital proveniente de los aportes pensionales no tuvo ninguna devaluación con el transcurso del tiempo, por el contrario, se incrementó con los rendimientos financieros obtenidos hasta la fecha del traslado.

En cambio, sí procede la devolución indexada de los gastos de administración o comisiones, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, para evitar la desfinanciación del RPM y conforme a los criterios jurisprudenciales citados en precedencia, que avalan tal indexación en concreto, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones.

7.3. En respuesta al punto alegado en la apelación de PORVENIR S.A., de que los rendimientos a devolver sean los que se hubieren generado en el RPM, la Sala no avala tal argumentación, porque, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, del RPM al RAIS, conlleva restituir las cosas al estado en que se hallarían de no haber celebrado el traslado que se declara ineficaz *(vuelta al statu quo ante)*, esto es, retrotraer la actuación al estado anterior a la afiliación a ese régimen, lo que significa que la AFP PORVENIR S.A. debe devolver los aportes que reposen en la cuenta de ahorro individual del afiliado y sus rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y pertenecen a la afiliada.

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

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verifica, sí procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha del traslado y la presentación de la demanda, trascurrió 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 2004.

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 la apelante COLPENSIONES E.I.C.E., por cuanto no tuvo prosperidad su recurso de apelación.

A su vez, en aplicación del numeral 8° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, NO procede la condena en costas en esta instancia a cargo de la parte apelante–PORVENIR S.A., por cuanto tuvo prosperidad parcial su recurso de apelación.

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: ADICIONAR el ordinal CUARTO de la parte resolutiva de la sentencia del treinta (30) de noviembre 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, según lo motivado en esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal CUARTO de la parte resolutiva de la sentencia del treinta (30) de noviembre 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 el capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto los rendimientos financieros también, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal CUARTO de la parte resolutiva de la sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a la AFP PORVENIR, S.A., que proceda a devolver y depositar en Colpensiones debidamente indexados, sólo los valores por concepto de los gastos de administración o comisiones, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, al momento de su devolución a la administradora COLPENSIONES, 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 COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, según lo motivado en esta providencia.

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

QUINTO: SIN CONDENA en costas de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: NOTIFÍQUESE la presente providencia por la Secretaría de la Sala, a las partes, de conformidad con el artículo 9° de la Ley 2213 de 2022.

Los Magistrados

LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO PONENTE

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO

Con el acostumbrado respeto, me aparto de la decisión mayoritaria de incluir la condena en contra de la AFP del RAIS demandada, a la devolución de las sumas pagadas por concepto de las primas para la adquisición de los seguros previsionales, en primer lugar, porque no comparto el criterio relacionado con el pago de tales primas de los seguros previsionales con cargo al patrimonio de las AFP, al estar en contravía del tenor literal del artículo 20 de la Ley 100, en concordancia con el literal b) del artículo 60, en donde claramente se disponen los porcentajes de distribución de LAS COTIZACIONES de los afiliados, entre otros, para la compra de los seguros provisionales para beneficio de los afiliados.

Además, el legislador claramente asignó a las AFP del RAIS la función de ser simplemente administradoras de la cuenta individual de cada afiliado, como lo dispone expresamente el artículo 59 de la misma ley y estaba obligada por mandato legal a la compra de tales seguros previsionales, se insiste, cuyos beneficiarios son los afiliados, jamás las AFP, en la medida que las pensiones del RAIS se pagan con cargo a los recursos de la cuenta individual de cada afiliado, sin que las AFP cubran algún faltante con su propio patrimonio.

Para la compra de estas pólizas de seguros, las AFP sacan los recursos de los aportes de cada afiliado y a su vez Colpensiones del fondo común, toda vez que los beneficiarios del seguro son los afiliados.

Finalmente, porque tales negocios jurídicos con terceros de buena fe, sí conservan validez y producen efectos jurídicos, a pesar de la declaración de ineficacia del traslado.

Acorde con lo expuesto, respecto de estos gastos realizados por las AFP, en cumplimiento a un mandato legal, en favor del administrado, no procede ordenar la devolución como consecuencia de la declaración de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL