

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
POPAYÁN-SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, seis (06) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CLAUDIA JULIANA SILVA FERNÁNDEZ
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. 2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICADO	19-001-31-05-003-2022-00135-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS- PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	- SE MODIFICA EL ORDINAL PRIMERO DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y CONSULTADA, PARA DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS. - SE ADICIONA EL ORDINAL TERCERO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y CONSULTADA, PARA ORDENAR, SE NORMALICE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA EN EL SISTEMA, REMITIR ARCHIVO Y DETALLE DE

	COTIZACIONES Y SE REMITA TAMBIÉN LA HISTORIA LABORAL ACTUALIZADA DE LA ACTORA. -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, propuestos por las apoderadas judiciales de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., y a su vez, el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de la parte demandada COLPENSIONES E.I.C.E., en relación con la Sentencia No. 30 del cinco (05) de junio de dos mil veintitrés (2023), proferida en primera instancia por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende la demandante: **(i) Que se declare** la nulidad de la afiliación o traslado de la demandante a PORVENIR S.A. y que nunca estuvo afiliada al RAIS; **(ii) Que se declare que la demandante** tiene derecho al regreso automático al RPM, administrado por COLPENSIONES E.I.C.E.

En consecuencia, (iii) Se condene a PORVENIR S.A. a trasladar al RPM a la señora CLAUDIA JULIANA SILVA FERNÁNDEZ; **(iv) Se condene** a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos,

intereses y rendimientos que se hubieren causado; **(v) Condenar** a PORVENIR a asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez de la actora, y que dicho valor se le consigne a COLPENSIONES, una vez declarada la nulidad del traslado o vinculación al RPM; **(vi) Condenar** a las entidades demandadas a lo que resulte probado en el proceso, de conformidad con las facultades *ultra* y *extra petita* y **(vii) Condenar** a las entidades demandadas en costas y agencias en derecho.

Como **fundamentos facticos relevantes sostuvo**, que la señora CLAUDIA JULIANA SILVA FERNÁNDEZ nació el 10 de septiembre de 1968 e inicialmente, empezó a cotizar en el RPM, a partir del 01 de mayo de 1997.

Señala que ha laborado con diferentes empleadores y la afiliación a PORVENIR se realizó a raíz de una visita de los promotores del citado fondo, donde le ofertaron unas condiciones presuntamente más favorables para obtener su pensión de vejez, de las que ofrecía el extinto ISS hoy COLPENSIONES E.I.C.E.

Sin embargo, aduce que los promotores de PORVENIR omitieron brindarle información relevante, relativa al monto pensional, el plan de pensiones, y en cambio, le prometieron tener mayores beneficios que los brindados por el RPM, omitiendo su deber de información suficiente y veraz, razón por la cual, señala la actora que fue víctima de un engaño.

Que, en consecuencia, el 02 de febrero de 2022, presentó reclamación ante COLPENSIONES, con el fin de regresar a esa administradora, pero fue resuelta en forma negativa, mediante oficio del 3 de febrero de 2022.

Por último, señala que el 01 de febrero de 2022 la demandante presentó ante PORVENIR reclamación administrativa, pero no ha sido resuelta (Archivo No. 03, expediente digital de 1ra instancia).

2.2. Concepto del Ministerio Público

La Procuradora 12 Judicial I para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social de Pasto, hizo referencia a criterios legales y

jurisprudenciales en torno a la materia y señaló que el análisis de los anexos de la demanda, permite establecer que la demandante estuvo afiliada al ISS desde el 01 de mayo de 1997 hasta el 31 de marzo de 2007, de manera interrumpida y los hechos de la demanda no dan cuenta de la fecha en que produjo el traslado al RAIS, pues no se aportó el reporte de semanas cotizadas a ese régimen sino un extracto trimestral de la afiliada, aspecto que resulta importante dilucidar, en la medida que permitirá establecer, en qué etapa de evolución del deber de información se produjo dicho traslado y consecuentemente, cuáles eran los alcances de dicho deber que debió cumplir la Administradora del RAIS que promovió el traslado (Archivo No. 09, expediente digital de 1ra instancia).

2.3. Contestación de la demandada PORVENIR S.A.

A través de apoderada judicial, dio respuesta a la demanda, señalando que, la actora se encuentra vinculada con PORVENIR S.A. desde el 01 de abril de 2007.

En cuanto a las pretensiones, se opone a todas asegurando que, la actora es una persona capaz y manifestó de forma libre y voluntaria su decisión de traslado, mediante la suscripción del formulario de vinculación.

Resalta que, al momento de la afiliación, la señora CLAUDIA JULIANA SILVA FERNÁNDEZ recibió una asesoría integral y conforme a las normas vigentes para la época y 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.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó: “(I) Prescripción; (II) Prohibición legal de aplicar retroactivamente la ley; (III) Principio de confianza legítima; (IV) Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; (V) Buena fe; (VI) Inexistencia de la obligación de devolver la Comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación; (VII) Prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo; (VIII) Innominada o genérica; (IX) Inexistencia de

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

2.4. Contestación de la demanda por COLPENSIONES E.I.C.E.

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

Finalmente, solicita, como petición especial también, 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), se proceda a hacer la devolución de los aportes a COLPENSIONES, con la respectiva entrega del archivo y el detalle de aportes realizados durante su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS y que, al momento de trasladarse las sumas ordenadas a COLPENSIONES, la AFP PORVENIR S.A. discrimine cada uno de los conceptos trasladados al RPM con sus respectivos valores.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó: (I) *Inexistencia de la obligación - Inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación del demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma;* (II) *Retorno en cualquier tiempo al RPM, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera;* (III) *La carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso;* (IV) *Errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C.;* (V) *Indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales - vulneración del principio de la confianza legítima;* (VI) *Inoponibilidad por ser tercero de buena fe;* (VII) *Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen* (VIII) *Se otorga un*

alcance que no corresponde al contenido de los decretos 663 de 1993 y 692 de 1994, en cuanto a la voluntad vertida en el formulario de afiliación; (IX) Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; (X) Sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; (XI) Improcedencia de la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados y (XII) Prescripción (Archivo No. 12, expediente digital de 1ra instancia).

2.5. Decisión de primera instancia

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento, el día cinco (05) de junio de dos mil veintitrés (2023), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar sentencia No. 30, en la cual resolvió: **i) DECLARAR** la INEFICACIA de la afiliación en pensiones de la demandante CLAUDIA JULIANA SILVA FERNÁNDEZ a PORVENIR S.A., efectuado a partir del 01 de julio de 1997 y sus posteriores traslados; **(ii) DECLARAR** que la demandante nunca se trasladó al RAIS, por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD; **iii) CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., a efectuar el pago o traslado a COLPENSIONES, como administradora del RPM, del total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante CLAUDIA JULIANA SILVA FERNÁNDEZ, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a la administradora COLPENSIONES, junto con los bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido, las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual de la demandante por concepto de gastos de administración debidamente indexadas, lo descontado con destino a la garantía de pensión mínima y lo descontado de las cotizaciones obligatorias para el pago de las primas de seguros previsionales con la debida indexación; **iv) ORDENAR** a COLPENSIONES que reciba los valores trasladados por PORVENIR S.A.; **v) DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de fondo propuestas por COLPENSIONES y **vi) CONDENAR** en costas a la AFP PORVENIR S.A.

TESIS DEL JUEZ: Encontró acreditados los siguientes hechos probados: **i)** Que la demandante efectuó traslado desde el RPM, administrado por el ISS, al RAIS, administrado por Porvenir, inicialmente a partir del 01 de julio de 1997, y luego, en el mismo RAIS, se trasladó desde el 01 de junio de 1999 a Horizontes pensiones y cesantías y posteriormente, de nuevo al RPM, administrado por el ISS, el 01 de mayo de 2001, reportando traslado de nuevo al RAIS, administrado por Porvenir, desde abril de 2007 y **ii)** Que según historia laboral expedida por PORVENIR, la demandante, antes de su traslado inicial al RAIS, se encontraba vinculada al RPM, donde cotizó antes de esa fecha 8,5 semanas.

Acto seguido, hizo referencia a criterios legales y jurisprudenciales y concluyó, la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por ser parte del derecho irrenunciable a la Seguridad Social, por ende, la presente acción no es susceptible de ser afectada por el fenómeno de la prescripción.

A su vez, agregó que para la fecha en que la parte demandante suscribió el formulario de afiliación al RAIS, Porvenir estaba obligada a entregarle previamente una información clara y precisa de los aspectos favorables y desfavorables de la decisión a tomar, para que la misma tuviera la condición de ser libre y voluntaria como lo ordena el artículo 13 de la ley 100 de 1993, y al negar el promotor del proceso que la misma le fue suministrada, la carga de la prueba se invierte y le corresponde al fondo demandado demostrar que sí se cumplió con esa obligación, lo cual no se acreditó en este caso, en tanto la administradora demandada no allegó ningún documento que dé cuenta de la entrega previa de información suficiente al momento del traslado.

En consecuencia, concluyó que, en este caso no se comprobó que la entidad demandada hubiera suministrado una información clara y precisa de los aspectos favorables o desfavorables de la decisión a tomar para que tuviera la condición de ser libre y voluntaria, razón por la cual, el acto de la afiliación es ineficaz, desestimando así, las excepciones perentorias propuestas por Porvenir S.A. y Colpensiones.

Por ende, señaló que queda sin efecto la afiliación de la demandante a Porvenir, efectuada desde el 01 de julio de 1997, y sus posteriores traslados, teniendo como efecto que la demandante siempre permaneció en el RPM.

Por lo expuesto, por no probadas las excepciones formuladas por Colpensiones.

Por último, condenó en costas a Porvenir S.A. y se abstuvo de imponer condena en costas a cargo de COLPENSIONES.

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

La demandada PORVENIR S.A., por intermedio de su apoderada judicial, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, respecto de las siguientes condenas:

1. Se opone a la devolución de las sumas descontadas por gastos de administración, porque *“... ..la decisión emitida en primera instancia, desconoce las reglas existentes en materia de restituciones mutuas y el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa.*

En efecto, el régimen de las restituciones mutuas, tiene como objetivo fundamental, que los traslados patrimoniales que quedan sin justificación por la declaratoria de la ineficacia del acto jurídico, sean devueltos a las partes que los originaron, de tal forma, que se les ponga en las circunstancias en que se encontrarían si aquel no hubiera tenido lugar. Si bien esa restitución no ofrece mayor complejidad cuando el traslado patrimonial versa sobre bienes transmisibles, no ocurre lo mismo cuando este se refiere a prestaciones que es inviable retrotraer, particularmente, cómo es el caso de las gestiones de administración de los recursos del afiliado.

En efecto, se encuentran a cargo de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, las obligaciones previstas en el artículo 14 del decreto 656 de 1994, entre las que se destaca, las de invertir los recursos existentes, garantizar una rentabilidad mínima y prestar una asesoría, estas corresponden a obligaciones de hacer, que reciben como contraprestación la comisión de administración sobre los aportes obligatorios y que generan un beneficio para el afiliado, los rendimientos de las inversiones realizadas por las administradoras,

entran a formar parte del capital con el que se financian las prestaciones a su favor.

Sobre el particular conviene destacar, cuando se trata de prestaciones de hacer, distintas a las de entregar cosas o de no hacer, la regla general es que lo ejecutado no es susceptible de retrotraerse, debido a que no es posible eliminar un comportamiento humano como si este nunca se hubiese presentado, en efecto, cuando el legislador impuso a las sociedades administradoras, las obligaciones consagradas en el artículo 14 del decreto 656 de 1994, fue precisamente con la finalidad de lograr los objetivos de salvaguardar el patrimonio del afiliado para que sirva al cumplimiento de la finalidad a la cual se encuentra afecto, esto es, servir para la financiación de la pensión de vejez. Desde esa perspectiva resulta alejado el funcionamiento del RAIS considerar como un detrimento el patrimonio del afiliado la erogación correspondiente a los dineros que se destinan a cubrir los costos en los que incurra la administradora para desarrollar las actividades tendientes al cumplimiento de sus obligaciones, el objeto no es otro que la conservación de los recursos entregados por aquel.”

2. “Resulta igualmente cuestionable, la orden de restitución de los valores correspondientes a las primas de seguro previsional, como quiera que el contrato de seguros es un contrato de tracto sucesivo, es claro que una vez agotado el término por el que se adquirió la cobertura, el asegurador devengó de manera definitiva, la totalidad de la prima acordada, cómo se colige del artículo 1070 del Código de Comercio, en este caso debe tenerse en cuenta que dicho seguro es adquirido por las AFPS, en virtud de una obligación legal, artículo 108 ley 100 de 1993, y que existe una coligación negocial entre la afiliación al RAIS y el seguro previsional, lo que supone analizar como las vicisitudes de uno afectan a otro.

A ese respecto, debe tenerse en cuenta que por virtud del principio de taxatividad de esa sanción negocial, la ineficacia únicamente alcanza al acto del traslado del 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 esa razón no resulta viable la devolución de las primas del seguro previsional, del cual fue asegurada y beneficiado el afiliado.”

3. “Frente a la indexación. Frente a la orden emitida en primera instancia frente a la indexación de la suma a trasladar a Colpensiones, cuando igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos del

capital que sea encontraba en la cuenta del demandante, está generando una doble condena, por qué se debe generar los rendimientos que son dineros actuales, que son dineros a la fecha, no se puede entonces también generar una entrega de dinero también indexada, ya que eso genera una actualización de la moneda, entonces estaría generando una doble condena por el mismo concepto. sentencia SL..., perdón sentencia SCJ-SL del 9 de septiembre del 2008, radicado 31989 reiterada en las sentencias del 22 de noviembre del 2011, radicado 33083 y SL 1421 del 2019 y SL 2817 del mismo año. En los anteriores términos dejó presentado el recurso de apelación Muchas gracias señor juez.”

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

La apoderada judicial de COLPENSIONES E.I.C.E., presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y en primer lugar solicita “... ..al honorable Tribunal superior del Distrito Judicial de Popayán, que en el evento de confirmar la orden de la declaratoria ineficacia del traslado por la demandante, **se adicione el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de que se incluya también como valor a devolver a Colpensiones, lo atinente a la sumas adicionales de la aseguradora, en caso de que estas se hubiesen causado.** Lo anterior, con apoyo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sala laboral que desde el año 2008, ha manifestado, que como precisamente en efecto de la declaratoria de la ineficacia el traslado, las AFP como consecuencia o ante la omisión del deber de asesoría, pues tienen el deber de retornar lo atinente a esta rubro de las sumas adicionales de la aseguradora, y esto a efectos de que Colpensiones que será quien finalmente pues deba reconocer la eventual prestación de la demandante en el régimen de prima media pues no vea afectado su patrimonio económico, por esos efectos entonces nos apoyamos igualmente en las sentencia SL 2611 del 2011 y SL perdón del 2020 y SL 4863 del 2021, así como también la sentencias SL 2953 del 2021, 2153 del 2021, esta última, en la que la Corte además, de manera expresa en la parte resolutive, también señaló o mejor ordenó a la AFP retornar este rubro de las sumas adicionales en caso de que esta se hubiesen causado.”

A continuación, reitera los criterios de esta Sala sobre este asunto, expuestos en la sentencia del 25 de octubre del 2020, radicado del 2021174 y sentencia del 24 de mayo del 2023, con radicado 2021-0039.

“Así mismo, solicitamos al honorable Tribunal de manera respetuosa, ordenar lo atinente o que se ordene a la AFP Porvenir, a que en el momento en que efectúe el traslado de los valores ordenados en la sentencia, pues estos se hagan de manera discriminada, tal y como también lo viene señalando o haciendo la honorable Corte Suprema de Justicia, a efectos de que Colpensiones pueda dar cabal cumplimiento a las ordenes establecidas y verificar el monto (salto), además de que esto implica... no implicaría una condena adicional para las AFP, sino una orden para un mejor proveer, máxime pues teniendo en cuenta que, esta petición o esta solicitud, la hicimos de manera respetuosa en el escrito de contestación de la demanda, sin que el despacho se haya pronunciado sobre o al respecto, en ese sentido pues solicitamos al honorable Tribunal, adicionar la sentencia en aras de que la AFP ordene o mejor traslade o al momento de discriminar todas, al momento de cumplir la orden pues como lo hicimos en la contestación de la demanda, traslade a Colpensiones las sumas ordenadas de manera discriminada con cada uno de los conceptos trasladados al régimen de prima media con su respectivos valores, así como también que, se ordene a Porvenir a normalizar la afiliación en el sistema de información de administradoras de fondo de pensiones SIF y que la devolución de los aportes a Colpensiones con la respectiva entrega del detalle, el archivo y el detalle de los aporte realizados durante la permanencia de la demandante en el RAIS.

Está orden también, vale la pena señalar, que el honorable Tribunal, en sentencia que acabo de reseñar, del 24 de mayo del 2023, **el** honorable Tribunal accedió a adicionar la sentencia en ese sentido.

Por último, solicitamos también al honorable Tribunal ordenar que todas las sumas ordenadas por el despacho, incluyendo las sumas adicionales por parte de la AFP se hagan de manera discriminada, teniendo en cuenta que, no sé si la orden no es muy clara en la parte resolutive de la sentencia, por eso solicitamos que, se **en caso de que este no fuese clara frente a la indexación de estas sumas,** se haga así en la respectiva sentencia por parte del honorable Tribunal en estos sentidos dejamos presentado nuestro recurso de apelación, muchas gracias.”

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

i) La apoderada de la demandante: Presentó alegatos en esta instancia, insistiendo en que la demandante fue víctima de un engaño por parte de Porvenir S.A. y por ende, peticiona, se confirme la sentencia de primera instancia, para lo cual reiteró los hechos del caso y citó criterios jurisprudenciales en torno a la materia (Archivo No. 06, expediente digital de segunda instancia).

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

Que esta es una carga que la jurisprudencia impuso y lo contrario implica imponer cargas a los fondos, no previstos por el ordenamiento jurídico, pues si la ley no les exigía otros documentos como soporte de las asesorías, mal podría ahora exigírseles, aduciendo que el fondo privado no incumplió, sino que ocurrió un cambio normativo.

A su vez, señala que, no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado que en su momento efectuó la actora, pues no hace parte de la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al RPM en cualquier tiempo (Archivo No. 08, expediente digital de 2da instancia).

iii) La apoderada judicial de PORVENIR S.A., guardó silencio dentro del término legal que se le otorgó para alegar en segunda instancia (Archivo No. 09, expediente digital de 2da instancia).

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES:

COMPETENCIA: En virtud a que la providencia de primera instancia fue apelada por PORVENIR S.A. y por COLPENSIONES E.I.C.E., 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 el recurso 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. *¿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 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 las demandadas, 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, los rendimientos, bonos pensionales si los hubiere, los gastos de administración, lo descontado con destino a la garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales y las sumas adicionales de la aseguradora, 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.

No obstante, se modificará el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y consulta, en el sentido de declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO del RPM al RAIS como tal.

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

Las decisiones anteriores se fundamentan 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:

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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

(... ...)

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

(... ...)

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

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

6.5. Por medio del artículo 60 de la Ley 100/93, se regula las características del régimen pensional RAIS, y en lo que interesa, se resalta lo dispuesto en el literal c, en su versión original, atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 1997:

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, por razón del traslado en el año 1997, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

“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, disponía:

Artículo 97: Información a los usuarios:

“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.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

parte de las accionadas, se obtienen los siguientes hechos probados:

6.11.1. Según historia laboral expedida por COLPENSIONES E.I.C.E., se constata, la demandante cuenta con aportes cotizados a pensión en el RPM, en el periodo comprendido del 01 de mayo de 1997 al 31 de marzo de 2007, para un total de 424,43 semanas cotizadas en dicho régimen, constatándose que figura afiliada al RPM desde el mes de mayo de 1997, cuando registra el primer periodo cotizado, por cuenta del empleador CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL según el reporte de semanas cotizadas, expedido por COLPENSIONES E.I.C.E. (Archivo No. 02, págs. 4-11, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.2. Según consulta del sistema SIAFP, se constatan los siguientes traslados de la actora:

i) La señora CLAUDIA JULIANA SILVA FERNÁNDEZ se trasladó del RPM administrado por COLPENSIONES, al RAIS, a través de la AFP PORVENIR, inicialmente, con fecha de inicio de efectividad el 01 de julio de 1997.

ii) Posteriormente, se trasladó de AFP de PORVENIR a HORIZONTE, con fecha de inicio de efectividad el 01 de julio de 1999.

iii) Seguidamente, se trasladó nuevamente del RAIS al RPM, de HORIZONTE a COLPENSIONES, con fecha de inicio de efectividad el 01 de mayo de 2001 y

iv) Finalmente, se trasladó nuevamente del RPM al RAIS, de COLPENSIONES a PORVENIR, con fecha de inicio de efectividad 01 de abril de 2007.

(Ver carpeta titulada: “11.AnexosContestaciónDemandaPorvenir”, archivo PDF denominado: “ANT CLAUDIA JULIANA SILVA FERNANDEZ CC 34554185 'VINCULACIÓN SIAFP'”, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.3. La señora CLAUDIA JULIANA SILVA FERNÁNDEZ cuenta con un total de 1.203 semanas cotizadas a PORVENIR S.A., de las cuales 8.5. han sido cotizadas a entidades públicas en el periodo el 01 de mayo de 1997 al 30 de junio de 1997, siendo su empleador, la CONTRALORÍA EPARTAMENTAL EL CAUCA; 248 semanas a otras administradoras y 946.4 semanas cotizadas a PORVENIR (Ver carpeta titulada: “11.AnexosContestaciónDemandaPorvenir”, archivo PDF denominado: “ANT CLAUDIA JULIANA SILVA FERNANDEZ CC 34554185 'HL CONSOLIDADA RAIS””, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.4. En el interrogatorio de parte de la demandante, en lo relevante, señaló que empezó a laborar con la contraloría Departamental del Cauca, en mayo de 1997 y estaba inicialmente con COLPENSIONES, que en esa época era el ISS.

Señaló que en abril de 1997, “(...) la persona llevo nos dijo que era un cambio normal que las 2 administradoras tenían los mismos beneficios, que no había ningún problema y adicionalmente dijo que posiblemente el Seguro Social en esa época se iba a acabar y que por lo tanto era bueno hacer el cambio, no nos dijo nada más, lo único que llevo fue unos formatos y recuerdo que nosotros firmamos y muchos de mis compañeros también eran abogados y firmamos y eso fue todo, nunca se nos explicó en este fondo pasa esto y en el otro pasa eso, sino que la chica nos dijo que era lo mismo, porque sí le preguntamos que implicaciones tenía y dijo que eso no había ningún problema que solamente era un cambio de la parte del Estado a un fondo privado y eso fue todo lo que ella nos dijo”

Manifestó que, todos los cambios de régimen, se debe a cambio de empleadores, que le dijeron que la iban a afiliar, pero nunca la asesoraron frente a eso, ni le dijeron las implicaciones y agrega que desconoce la forma de liquidar la pensión en el RPM.

6.12. CONCLUSIONES:

6.12.1. Conforme a los medios de convicción reseñados, está debidamente probado, la demandante se afilió por primera vez al sistema de pensiones, por medio del RPM administrado por el entonces ISS, el 01 de mayo de 1997 y cotizó a dicho RPM, en el

periodo comprendido del 01 de mayo al 30 de junio de 1997, para un total de 8.5 semanas cotizadas, siendo su empleador la CONTRALORÍA EPARTAMENTAL EL CAUCA, es decir, tales semanas fueron cotizadas en el RPM, administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES.

Bajo tales circunstancias fácticas y conforme al 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 estaba afiliada al RPM, previo su traslado al RAIS.

Por otra parte, del examen en conjunto de los medios de convicción reseñados atrás, esta Sala advierte, transcurridos sólo DOS MESES de la afiliación al RPM, se produjo el traslado efectivo al RAIS, desde el 01 de julio de 1997, por medio de la pasiva PORVENIR S.A.

Posteriormente, se trasladó de AFP de PORVENIR a HORIZONTE, con fecha de inicio de efectividad el 01 de julio de 1999, cuando sólo habían transcurrido dos años, desde el traslado al RAIS.

Conforme a estos hechos probados, salta a la vista, tanto el primer traslado del RPM al RAIS administrado por la AFP PORVENIR, como el segundo traslado entre las administradoras PORVENIR Y HORIZONTE, se realizó con total desconocimiento de la prohibición expresa contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de que el afiliado sólo podrá trasladarse de régimen pensional por una sola vez cada tres (3) años.

En consecuencia, los dos primeros traslados se tornan ineficaces por mandato legal y la demandante permaneció legalmente afiliada al RPM hasta marzo de 2007, cuando se produjo el traslado al RAIS por medio de la AFP PORVENIR.

6.12.2. Por otra parte, la AFP PORVENIR 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, con ocasión del primer traslado, como tampoco del último efectuado en abril del 2007 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 de todos y cada uno de los traslados efectuados del RPM al RAIS y entre las AFP del RAIS, 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)

6.12.3. 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.

6.12.4. Ha de señalarse, con la sola firma del formulario de traslado, no se prueba la elección libre y voluntaria del traslado y en todo caso, en este asunto ni siquiera se allegó formulario alguno de vinculación suscrito por la actora a las AFP del RAIS.

A su vez, 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, cuando se dio el traslado del RPM al RAIS, no se cumplió 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 inicial del RPM al RAIS, en el año 1997.

6.12.5. 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 del afiliado, cuando cumpla los requisitos legales, garantizándose así lo sostenibilidad financiera de dicho fondo.

Al tenor de todo lo expuesto, se modificará el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y consulta, en el sentido de declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO del RPM al RAIS realizado en abril del 2007 y se confirma la consecuente permanencia de la demandante en el RPM administrado por COLPENSIONES.

Así mismo, en virtud del recurso de apelación propuesto por COLPENSIONES, 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, así como su historia laboral actualizada, conforme se petitionó por la administradora del RPMPD, ya que dicho pedimento que hizo COLPENSIONES en su respuesta a la demanda (Archivo No. 12, pág. 5, expediente digital de 1ra instancia) no fue objeto de pronunciamiento por el Juez de Primera Instancia (Al respecto puede verse la sentencia de la CSJ-SCL SL629-2023).

7. SOBRE EL TRASLADO A COLPENSIONES DE LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS DE LA CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL, GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, LAS PRIMAS DE SEGUROS PREVISIONALES, APORTES PARA LA PENSIÓN

MINIMA, ASÍ COMO LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA Y SU INDEXACIÓN.

Tesis de la Sala: Resulta procedente confirmar la sentencia de primera instancia que ordenó la devolución del capital junto con los rendimientos financieros depositados en la cuenta de ahorro individual del actor; así como las condenas a 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.

Se niega la apelación de la AFP PORVENIR, sobre la revocatoria de la indexación del capital y de los rendimientos financieros, porque en la sentencia impugnada no se produjo tal condena de la indexación de estos rubros.

Respecto a la apelación de Colpensiones, relacionada con la devolución las sumas adicionales de las aseguradoras, en el evento en que se hayan causado y a cargo de la demandada PORVENIR S.A., se negará también, como se explica adelante.

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

7.1. En punto a la devolución de las comisiones y/o gastos de administración de la cuenta individual y su indexación, la Sala concluye, es procedente la condena a la devolución de los gastos de administración que se descontaron de la cuenta individual del afiliado 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)". (Negrilla fuera del texto original).

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

*"También se ha dicho por la Sala que una vez se declara la ineficacia, debe la administradora de pensiones trasladar a Colpensiones, en este caso Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías, **además del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración debidamente indexados**, puesto que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: **Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley** (Negrilla con intención).*

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 alzada, pues la ineficacia del traslado deriva en la obligatoriedad de ordenar la devolución de cotizaciones, rendimientos, gastos de administración y comisiones, 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).

Con el fin de que conserven su valor actualizado al momento de su devolución, es procedente la indexación de los valores descontados.

El mismo precedente atrás expuesto, sirve de sustento para confirmar la devolución de bonos pensionales, en caso de que PORVENIR los hubiere hecho efectivos.

Sobre este punto y para responder la apelación de la apoderada de Porvenir S.A., sobre las **restituciones mutuas** que hayan de hacer los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos.

De acuerdo con el precedente de la CSJSL, *"...el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las **restituciones mutuas** que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, **la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales,***

toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.” (SL3349-2021)
– Negrilla por la Sala-.

Así, la declaratoria de ineficacia conlleva, entonces, a la devolución con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, junto con los valores descontados de dicha cuenta por concepto de los gastos de administración, indexados, tal cual lo ordenó el Juez de Primera Instancia.

7.2. En cuanto a la devolución de las sumas por concepto de la cotización destinada a la garantía de pensión mínima: La Sala estima procedente en sede de consulta confirmar la decisión de que PORVENIR S.A. proceda a su devolución, como quiera que dicha garantía se financia con el 1.5% de la cotización obligatoria que mes a mes debe realizar el afiliado al RAIS y que en virtud de la declaratoria de ineficacia y la figura de las restituciones mutuas, debe retornar íntegra al RPM (Se puede consultar, entre otras, la decisión SL563-2023).

A partir de lo consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, en concordancia con lo previsto en el artículo 1° de Decreto 4982 de 2007, se tiene que, tratándose de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el porcentaje general del 16% del IBC o en otras palabras, la cotización, se distribuye de la siguiente manera: el 11.5% para la cuenta individual de ahorro pensional; el 3% para financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y el 1.5% para asegurar la garantía de pensión mínima.

Entonces, como la ineficacia comporta el desconocimiento de los efectos jurídicos del acto de traslado desde el mismo momento en que aquél pretendió materializarse, siendo consecuencia obligada la devolución de la cotización completa, aunque en su momento la misma haya sido distribuida en la forma indicada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, así como también los rendimientos financieros causados en vigencia de la afiliación

efectuada de manera irregular, como quiera que de no haberse presentado, en el RPM la cotización también habría obtenido rendimientos, se habrá de CONFIRMAR la parte resolutive de la sentencia consultada, por ser procedente la devolución por parte de la AFP Porvenir S.A. de las sumas que haya descontado con destino a la garantía de pensión mínima, de la cotizaciones obligatorias que mes a mes recibió a nombre de la demandante, en tanto se trata de un rubro que en la actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada.

7.3. En respuesta al punto apelado sobre la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR para la adquisición de los seguros previsionales, se confirma tal condena, ya que 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 que las cosas vuelvan al estado anterior, 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 surgiera algún derecho u obligación, debería resolverse en proceso aparte entre las partes interesadas.

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

bono pensional (si a ello hubiere lugar) y la suma adicional, que estará a cargo de la aseguradora.

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

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

7.4. En relación con la **devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras**, analizado el tema en virtud de la apelación propuesta por COLPENSIONES, la Sala no acoge tal pedimento, porque, si bien la CSJ-SL ha conceptuado favorablemente respecto de tal pretensión bajo la condición de que se hubieren causado, sin embargo, esta Sala considera que no procede tal condena, en la medida que su causación necesariamente deviene del hecho del reconocimiento de la pensión de invalidez o de sobrevivientes y como tal evento no aparece probado en este caso, no procede la referida condena.

7.5. Para responder a la apelación de la pasiva PORVENIR, para que se revoque **la condena a la indexación del capital y de los**

rendimientos financieros, la Sala no acoge los argumentos de la apelación, simple y llanamente porque en la sentencia apelada no se profirió tal condena de la indexación de estos valores, tal cual se infiere de su parte resolutive, en donde se profiere condena a la indexación de otros valores diferentes al capital y rendimientos financieros.

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, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 1997 inicialmente y posteriormente en 2007.

La Sala niega la declaración de la excepción de prescripción, como quiera, que en este caso se declara la ineficacia del acto de traslado al RAIS, que se enmarca en lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, 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, se entiende que tal acto o negocio jurídico jamás nació al mundo jurídico, por una parte y por otra, siguiendo la tesis de la imprescriptibilidad expuesta por la CSJ-SL, en la sentencia SL1689-2019, cuando sostiene que la solicitud de declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS es imprescriptible, ante el hecho de estar en presencia de un proceso meramente declarativo y que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles se tiene por analogía en este caso que lo declarado es la inexistencia del traslado.

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

En la sentencia en mención, se afirma:

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

*Conforme lo explicado, **los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.** Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adocinado 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 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 afiliada(o), 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 del 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 parte demandante, relacionados con la seguridad social y ligados a la pensión de vejez.

9. COSTAS

En aplicación del numeral 8° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPTSS, procede la condena en costas en esta instancia a cargo de la parte apelante PORVENIR S.A., al no prosperar su recurso de apelación y no se condena en costas a COLPENSIONES E.I.C.E., por cuanto tuvo prosperidad parcial su recurso de apelación.

10. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: SE MODIFICA el ordinal PRIMERO de la parte resolutive de la sentencia No. 30 del cinco (05) de junio de dos mil veintitrés (2023), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO de la demandante, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, según lo motivado en esta providencia.

SEGUNDO: SE ADICIONA el ordinal TERCERO de la parte resolutive de la sentencia No. 30 del cinco (05) de junio de dos mil veintitrés (2023), 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, así como su historia laboral actualizada, según lo motivado en esta providencia.

TERCERO: Se confirma en lo demás la sentencia apelada y consultada, por las razones expuestas anteriormente.

CUARTO: SE CONDENA EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a la pasiva PROVENIR SA, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: 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



Firma válida
providencia judicial

LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO PONENTE

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO



Firma válida
providencia judicial

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL

ACLARACIÓN DEL VOTO



Firma válida
providencia judicial

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL

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 previsionales 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