

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



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

***Magistrado Ponente:*
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS**

Popayán, veinte (20) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUIS GREGORIO CAMACHO CAMACHO
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. 2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. – AFP PORVENIR S.A.
RADICADO	19-001-31-05-003-2020-00191-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS - PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	SE ADICIONA EL ORDINAL TERCERO DE LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA PARA ADICIONAR DENTRO DE LOS VALORES A DEVOLVER LA INDEXACIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS PAGADAS POR LAS PÓLIZAS DE LOS SEGUROS PREVISIONALES Y LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS ADICIONALES DE LAS ASEGURADORAS, <u>SIEMPRE</u> QUE SE HAYAN CAUSADO; Y EN LO DEMÁS, SE CONFIRMA.

1. ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio 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 la parte demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES; y el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, contra la Sentencia Nro. 59 del dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), en primera instancia, proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYAN, 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 el demandante: **(i) Que se declare la nulidad** del traslado al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. y, en consecuencia; **(ii) se condene a PORVENIR S.A.** a asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de su pensión de vejez y trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES los valores de su cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con todos los rendimientos que hubieren causado; y **(iii) se condene** en costas a las demandadas (03(15) Demanda, cuaderno de primera instancia,).

Como ***fundamentos fácticos*** sostiene, desde el mes de mayo de 1997, hasta la fecha, se encuentra afiliado al fondo de pensiones PORVENIR S.A., pero, con antelación a la precitada vinculación, estuvo afiliado al RPM administrado en ese entonces por el ISS,

haciendo el respectivo cambio al régimen de ahorro individual tras la visita de un asesor que lo indujo en error, al omitir información suficiente y cierta, con la promesa de que su pensión sería muy superior a la que le correspondería en el régimen de prima media con prestación definida. Es decir, le ofrecieron unas condiciones presuntamente más favorables para la obtención de su pensión, sin informarle las desventajas del traslado de régimen pensional.

Señala que, la AFP PORVENIR S.A. realizó la proyección de su pensión de vejez, pero ésta es totalmente irrisoria comparada con el nivel de vida que posee, teniendo en cuenta su calidad de *coordinador de sistema de riego*, lo que significaría que no podría atender sus gastos cotidianos, obligaciones y deudas, afectándose de esta forma su mínimo vital.

Por último, el actor manifestó haber presentado la solicitud de traslado de régimen pensional y la anulación de su afiliación a PORVENIR S.A., con respuesta negativa por parte de las entidades demandadas.

2.2. Contestación por PORVENIR S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, PORVENIR S.A., a través de su apoderada judicial, contestó la acción y se **opuso a todas las pretensiones**, bajo el argumento que el demandante es un sujeto capaz a la luz del artículo 1503 del C.C., quien conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 manifestó de forma libre y voluntaria su decisión de traslado, mediante la suscripción del formulario de vinculación dispuesto legalmente para tal fin, recibiendo una asesoría integral conforme las normas vigentes para la época, sin coacción, por lo que señala que el acto de vinculación es válido al no estar inmerso en vicios del consentimiento ((11(28)ContestacionPorvenir, cuaderno de 1ª instancia).

Propuso como excepciones de mérito: (1) prescripción, (2) falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, (3) buena fe, (4) inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o

ineficacia de la obligación, (5) prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, (6) innominada o genérica, (7) inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, (8) debida asesoría del fondo.

2.3. Contestación por COLPENSIONES:

En ejercicio del derecho de contradicción y a la defensa, la apoderada judicial de COLPENSIONES contestó la demanda (16(17)ContestacionColpensiones) y luego de responder a cada uno de los hechos se **opuso a todas las pretensiones**, al considerar que no es procedente se declare la inexistencia y/o ineficacia del traslado del RAIS al RPM, por cuanto en el expediente no se encuentra acreditado que en dicho acto se brindó una indebida asesoría por parte de la AFP, además de encontrarse PRESCRITA la acción.

No obstante, en el evento de accederse a las pretensiones, solicita se ordene a la AFP trasladar a COLPENSIONES todos los valores o sumas generadas como consecuencia de la afiliación del demandante en el RAIS, como lo son la totalidad de los aportes, sin descuento alguno, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora y se incluya el porcentaje de pensión mínima, todo indexado. Igualmente, se normalice la afiliación, se entregue el archivo y el detalle de aportes realizados durante su permanencia en el RAIS y aporte la historia laboral del actor debidamente actualizada.

Propuso como excepciones de fondo: (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, (2) 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, (3) 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, (4)

errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C., (5) indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales - vulneración del principio de la confianza legítima, (6) inoponibilidad por ser tercero de buena fe, (7) inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen, (8) 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, (9) responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, (10) sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, (11) 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 (12) prescripción.

2.4. Decisión de primera instancia:

El JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, (CAUCA) se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día (16) de diciembre de diciembre de dos mil veintiuno (2021), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar SENTENCIA Nro. 59 de 2021, en la cual resolvió: **(i) DECLARAR** la ineficacia de la afiliación en pensiones del demandante a la AFP PORVENIR S.A., suscrita el 30 de abril de 1997; y, como consecuencia de lo anterior, **(ii) DECLARAR** que, para todos los efectos legales, el demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **(iii) CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a efectuar el pago o traslado a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media, del total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del demandante, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital, junto con los bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido y las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual del demandante por concepto de gastos de administración, así como las descontadas con destino a la garantía de pensión mínima. También se dispone,

(iv) ordenar a COLPENSIONES recibir los valores trasladados por la AFP PORVENIR S.A. y correspondientes al demandante; **(v) declarar** como no probadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas y **(vi) condenar** en costas a PORVENIR S.A.

TESIS DEL JUEZ: El Juez sostuvo, en el caso del señor LUIS GREGORIO CAMACHO CAMACHO, de acuerdo con las pruebas aportadas, hay lugar a declarar la ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, suscrita el 30 de abril de 1997, porque, no existe prueba de que se hubiera dado cumplimiento al deber de información al demandante, por lo que, atendiendo a la jurisprudencia de la CSJSL, no cabe duda de que el traslado que se atribuye al demandante deviene en ineficaz, es decir, nunca tuvo efectos, pudiendo en consecuencia retornar al régimen de prima media.

Señala, para la fecha en que el demandante suscribió su formulario de afiliación, la AFP estaba obligada a dar al afiliado una información clara y precisa de los aspectos favorables y desfavorables de la decisión a tomar, situación que no se logró probar en este caso en tanto la administradora PORVENIR solo aporta como prueba la firma del demandante en dicho formulario, lo cual no es prueba idónea del cumplimiento de dicha obligación.

Sobre el deber de información a cargo de los fondos de pensiones, desde su creación, y los efectos de su inobservancia, así como la inversión de la carga de la prueba en cabeza del fondo privado de pensiones, el juez basa su decisión en providencia de la CSJSL, SL1452-2019 (radicado nro. 68853), y la decisión SL1421-2019; entre otras.

Ahora bien, respecto de la excepción de prescripción alegada por los demandados, cita la decisión de la Corte Suprema de Justicia SL1689 del 2019, donde se decide que la declaración de ineficacia de traslado es imprescriptible al derivarse del derecho irrenunciable a la seguridad social; e igualmente apoya su decisión en sentencia de este Tribunal, del 27 de junio de 2019, proceso radicado 201700119.

2.5. Recurso de apelación de PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. presentó su recurso de apelación para que se revoque la orden impartida en primera instancia, **en lo que se refiere a la devolución de las cuotas de administración**, al considerar, se está desconociendo que existen prestaciones que por su naturaleza no pueden retrotraerse y que esto constituye un límite o excepción a los efectos retroactivos de la declaratoria de ineficacia, además de las reglas existentes en materia de restituciones mutuas y al principio que proscribe el enriquecimiento sin causa.

Esto debido a que PORVENIR ejecutó sus obligaciones generó una rentabilidad a favor del afiliado, por lo que aquellas gestiones se dejan sin la correlativa compensación a la que tiene derecho la demandada. Así pues, resulta imposible retrotraer los efectos de las labores de administración desarrolladas por PORVENIR S.A. como lo ha manifestado, por más de 23 años que ya se encuentran consolidadas dichas acciones, no siendo procedente ordenar la restitución de las sumas percibidas por ese concepto, pues con ello se estaría quebrantando el equilibrio por el que se debe propender las restituciones mutuas.

Agrega que, en estos casos en los que no resulta viable retrotraer los efectos de las prestaciones ejecutadas por uno de los contratantes, el carácter retroactivo de la declaratoria de ineficacia no puede servir para generar un enriquecimiento injustificado para la otra; y, que, esto cobra especial trascendencia en los casos objeto de estudio de traslado de régimen pensional, pues ha sido el mismo legislador el que ha determinado las obligaciones a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones y cesantías y su derecho a percibir una remuneración según lo establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993.

Desde esa perspectiva sostiene que una adecuada aplicación sobre la regla de las restituciones mutuas supondría respetar los efectos consolidados y que no pueden retrotraerse por su propia naturaleza, como ocurre con el caso de las acciones desarrolladas en cumplimiento de la labor propia de la AFP'S de generar todas

las operaciones financieras para lograr que esos recursos puedan tener rendimiento.

2.6. Recurso de apelación de COLPENSIONES:

La apoderada de COLPENSIONES presenta recurso de apelación frente a la orden impartida en primera instancia, ya que **considera que se ha omitido por parte del juzgado ordenar el traslado a COLPENSIONES de lo ateniende a los gastos de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia**, en los siguientes términos:

Frente a la indexación de los gastos de administración, basa su defensa en la sentencia SL 1421 y SL 1689 de 2019, de la CSJ-SL, que manifiesta que, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del negocio jurídico, si bien es cierto la AFP PORVENIR había traslado a Colpensiones los aportes que el demandante tenía en su cuenta con los rendimientos, no existía constancia de que no hubiese devuelto los valores correspondientes a los gastos de administración y en ese sentido se ha ordenado el traslado de esos gastos debidamente indexados.

En ese sentido, solicitó se adicione la decisión en el sentido de ordenar a la AFP que además del traslado de los gastos de administración, se ordene que los mismos sean indexados por el período en que el actor permaneció afiliado a esa administradora.

Y, en cuanto a la prima de los seguros mencionados, solicitó se adicione igualmente la sentencia en el sentido de señalar de manera específica que PORVENIR debe trasladar a COLPENSIONES el valor de las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobreviviente, los cuales igualmente deben regresar al régimen de prima media como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado por el demandante y a efectos de no afectar el equilibrio financiero de la entidad, teniendo en cuenta que para el pago de sus respectivas pólizas la AFP efectúa un descuento directo en la cotización mensual que realizan los afiliados y que al no devolverse al RPM ocasiona ciertamente un

detrimento patrimonial a COLPENSIONES, pues estaría recibiendo aportes incompletos.

Para esos efectos se apoya en una decisión de esta Corporación, el 3 de agosto de 2021, con ponencia del Magistrado Ponente, dentro del proceso radicado 2019-235.

Señala que el Tribunal en la mencionada decisión dijo: *“Que Porvenir no devuelva el valor de las primas de los seguros provisionales implicaría la violación directa al artículo 1640 del CC, aplicable según jurisprudencia y como se explicó anteriormente a la figura de ineficacia, en tanto les atribuyen a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en el que estarían si no hubiere existido el acto o contrato”*.

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Respecto a los alegatos en segunda instancia, de acuerdo con la nota secretarial que precede , suscrita por el secretario de esta Sala (15(1)NotaADespachoVencidoTrasladoAlegatosLuisGregorio) y constatado el expediente digital, se recibieron alegatos por parte de los apoderados del demandante, COLPENSIONES y PORVENIR S.A.:

3.6. Alegatos de la parte demandante:

La apoderada judicial del demandante en la oportunidad para presentar alegatos de conclusión de segunda instancia allegó memorial en el que manifestó que se ratifica en los hechos de la demanda (10(1)AlegatosConclusiónGREGORIOCAMACHO CAMACHO).

3.7. Alegatos de PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. en sus alegatos de conclusión trajo a mención la normatividad sobre el deber de

información en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones, así como el principio de confianza legítima y las reglas sobre la carga de la prueba, para reiterar que el señor Luis Gregorio Camacho plasmó su firma en el formulario de vinculación, por lo que quedó demostrada su intención de permanecer en el régimen de ahorro individual.

Alegó que el juez está exigiendo a dicha AFP el cumplimiento de un deber de asesoría que no se encontraba vigente para la fecha en que se realizó el traslado del demandante y que se hace una valoración aislada del formulario de vinculación conforme lo ordena el art. 242 del CGP.

También menciona que los gastos de administración no constituyen un detrimento al patrimonio del afiliado dado que se trata de una erogación prevista por el legislador para conservar e incrementar sus recursos y financiar la pensión. Y, de esta manera, solicita revocar la orden judicial emitida en primera instancia porque Porvenir cumplió el deber de información para la fecha de los hechos del traslado, y, en caso de mantenerse la decisión, NO SE ORDENE a PORVENIR trasladar los valores referentes a cuota de administración (12(1)AlegatosPorvenir, del cuaderno del Tribunal).

3.8. Alegatos de Colpensiones:

La apoderada judicial de Colpensiones reitera que, de confirmarse la decisión del a quo, se debe modificar y/o adicionar el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. trasladar lo atinente a la INDEXACIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, PRIMAS DE LOS SEGUROS PREVISIONALES y las SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA, en aras de salvaguardar y evitar la descapitalización del régimen solidario de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de lo anterior, citó la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia – SL, por ejemplo, las sentencias SL 1688 del

5 de agosto de 2019, CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, entre otras ((14(12)AlegatosColpensiones).

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

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

De igual forma, se tramita 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 de la AFP PORVENIR y COLPENSIONES, y para responder al grado jurisdiccional de

consulta en favor la última entidad, la Sala Laboral resuelve los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS**:

5.1. En virtud del grado de consulta:

¿Procede la declaración de ineficacia del traslado del demandante, Luis Gregorio Camacho, del RPM al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A.?

Como asuntos asociados, se analizan los temas de: **(i)** el principio de la sostenibilidad financiera, **(ii)** el deber de información a cargo de las administradoras de fondo de pensiones y desde cuándo existe ese deber; y **(iii)** finalmente, quién tiene la carga de la prueba.

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 COLPENSIONES y en virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES, se pasa a resolver:

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico la decisión del a quo de ordenar a Porvenir S.A. que traslade al RPM administrado por Colpensiones, los gastos de administración?

¿Debió incluirse en la orden a la AFP PORVENIR S.A. el traslado a Colpensiones de los valores por concepto de (i) las primas de los seguros previsionales y (ii) la indexación de los gastos de administración ?

En síntesis, cuáles valores se deben ordenar trasladar del fondo privado a Colpensiones, para garantizar la estabilidad financiera del sistema de pensiones.

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 la pasiva.

6. RESPUESTA A LA CONSULTA SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS O TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL:

Tesis de la Sala: La Sala concluye se debe CONFIRMAR la declaración de ineficacia del traslado al RAIS y, por ende, la decisión de permanencia del demandante en el RPM administrado hoy por COLPENSIONES, contenida en la sentencia objeto de consulta, porque la administradora de pensiones PORVENIR S.A. al efectuar la asesoría para el traslado en el año 1997, incumplió con el deber legal del suministro de la información al demandante, en forma clara y suficiente, en cuanto a los efectos positivos y negativos que acarrearía el cambio de régimen pensional, al cual estaba obligada en el momento del traslado, como se explicará más adelante.

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas jurídicas y fácticas:

6.1. El legislador, en ejercicio de su potestad de configuración y en desarrollo del artículo 48 de la Carta, por medio del artículo 12 de la Ley 100 de 1993, diseñó un sistema de seguridad social en pensiones tendiente a brindar protección a todos sus afiliados y a su grupo familiar ante las contingencias de invalidez, vejez o muerte, a través de dos regímenes excluyentes, regidos por el principio de la solidaridad:

- (i) *El régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones.*
- (ii) *El sistema de ahorro individual con solidaridad, bajo la tutela de las Administradoras de pensiones privadas.*

6.2. Según el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 el régimen solidario de prima media con prestación definida es “*aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de*

invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas”.

En este régimen, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen “*un fondo común de naturaleza pública*” que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley¹. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

6.3. De conformidad con el inciso primero del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el régimen de ahorro individual con solidaridad “*es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados*”.

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

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

(... ...)

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

(... ...)

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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

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

(... ...)

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

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

Artículo 97: Información:

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

6.7. Por medio del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, 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, aplica el artículo 1604 ibidem, el cual consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos incumbe al que ha debido emplearlo.

6.9. Sobre casos similares al que nos ocupa, y en particular sobre el deber del suministro de la información clara, amplia y suficientes sobre los aspectos positivos y negativos de cada uno de los dos regímenes pensionales, a cargo de las AFP al momento de la afiliación y/o traslado entre regímenes, más allá de la firma del formulario, la CSJ-SL, ha desarrollado una tesis pacífica, que puede consultarse entre otras en las sentencias del 9 de septiembre de 2008 con radicados 31989 y 31314; sentencia del 22 de noviembre de 2011 con radicado 33083; sentencia SL12136-2014; sentencia SL19447-2017; sentencias SL4964 y SL4689, ambas del 2018; sentencia SL1421-2019.

En 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. °, 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 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 en la audiencia del art. 77 del CPL, sin tachas, se obtienen los siguientes hechos probados:

6.11.1. El demandante se afilió a PORVENIR S.A. mediante formulario Nro. 899196, diligenciado el 30 de abril del año 1997 (página 14, archivo #02, 02(22)AnexosDemanda, del expediente 1ª instancia).

Este formulario tiene la firma del señor LUIS GREGORIO CAMACHO CAMACHO, demandante, en la casilla correspondiente, donde además se deja constancia de que el mismo se realiza en forma libre, espontánea y sin presiones.

Lo anterior se reafirma con el certificado de afiliación emitido por PORVENIR (página 3, 10(59)AnexosContestacionPorvenir, ibidem).

6.11.2. Ahora bien, no obstante COLPENSIONES no aportó pruebas con la contestación, con la historia laboral consolidada en

pensiones de PORVENIR S.A., visible en las páginas 9-14, 10(59)AnexosContestacionPorvenir, se constata que el señor LUIS GREGORIO CAMACHO (demandante) tiene 297 semanas cotizadas en el régimen de prima media, reportada en el sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda (OBP), entre el 10/06/1976 y el 07/05/1997; y así lo reafirma el certificado de ASOFONDOS donde se reporta una afiliación inicial a dicha administradora (pág.58, ibidem).

6.11.3. No se discute, el señor LUIS GREGORIO CAMACHO CAMACHO presentó ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES solicitud de traslado de régimen en el mes de julio del 2019, la cual fue negada mediante oficio del 28 de septiembre de 2020.

6.11.4. De igual manera aparece probado, presentó solicitud ante la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantía PORVENIR S.A. para la anulación del traslado y/o afiliación, recibiendo respuesta negativa del fondo (páginas 4 a 7, de los anexos de la demanda).

6.12. CONCLUSIONES:

6.12.1. Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados y las contestaciones de la demanda, aparece debidamente probado, en el momento del traslado al RAIS el 30 de abril del año 1997, el demandante se encontraba afiliado al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, contando con 297 semanas cotizadas.

6.12.2. Por otra parte, del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados con la demanda y su contestación, esta Sala advierte que la pasiva PORVENIR S.A., estando obligada, no demostró en el proceso que en el año 1997, le hubiese dado a conocer al demandante en forma

clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, de las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, y con tal conducta procesal, cabe predicar que el demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable; ya que si se le explica desde el principio el manejo de la cuenta individual, que los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado, los factores que inciden en el monto de la pensión; la persona tiene una información precisa, con la cual puede deducir si acepta, o no, el traslado.

Este deber de información clara y completa de los dos regímenes, sí estaba vigente para la fecha del traslado, en el año 1997, 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; en consonancia con los artículos 72, literal f) y numeral 1, del artículo 97, ambos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

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. La Sala reitera la línea de pensamiento de la CSJ-SL, con la sola firma del formulario no se prueba la elección libre y voluntaria del traslado, dado que, ese formulario preimpreso sólo acredita un consentimiento, pero no informado.

Además, no constituyen indicios serios de la validez del traslado, el hecho de permanecer en el RAIS por más de 23 años, haber recibido extractos de la cuenta bancaria sin presentar observaciones o ausencias de queja y no efectuar el derecho a retractarse dentro de los plazos.

Así, era Porvenir S.A. en quien recaía la carga de probar el cumplimiento de ese deber conforme al artículo 167 del CGP, pues si el accionante sustentó su pretensión en la falta o en la indebida información por parte de esta administradora, está aludiendo o poniendo de presente que la accionada incumplió el deber de asesoramiento, lo cual constituye una negación de carácter indefinido y por ello radicaba en cabeza de esa demandada probar que sí cumplió con su deber legal, toda vez que la demostración de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearla, esto es, a la AFP.

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 la sostenibilidad financiera de dicho fondo.

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

7. DE LOS VALORES A DEVOLVER COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN:

Tesis de la Sala: Resulta procedente confirmar la sentencia de primera instancia que ordenó la devolución de las comisiones

cobradas por la administración de la cuenta individual, porque de no hacerlo, se produce una desmejora en el capital que va a recibir Colpensiones para financiar la pensión del demandante y de paso, se produce un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

Se confirman las condenas que ordenan trasladar los valores descontados con destino al fondo de garantía de la pensión mínima; al igual que los bonos pensionales que se hubieren recibido.

Así mismo, se adiciona la sentencia de primera instancia para ordenar la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, los valores pagados por las primas de los seguros previsionales y en sede de consulta se ordena la devolución adicional de las sumas adicionales de las aseguradoras, aclarando que sobre éstos últimos sólo procede en el evento en que se hayan causado.

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

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

Es procedente la condena atinente a la devolución de los gastos de administración que se recibieron mientras el señor LUIS GREGORIO CAMACHO permaneció 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.

Por tal razón, tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el

afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).”

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

Por lo expuesto, se confirma la decisión de primera instancia, adicionando en sede de consulta – a favor de COLPENSIONES- la indexación de los valores descontados por los gastos de administración, con el fin de que conserven su valor actualizado al momento de su devolución.

El mismo precedente atrás expuesto, sirve de sustento para confirmar la devolución de bonos pensionales (en caso de que estén en poder del fondo privado).

Sobre este punto y para responder la apelación de la apoderada de Porvenir S.A., en las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse 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.

Y es que, según 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 conllevaría, entonces, a la devolución con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual y que ordenó el juez, más los valores que esta Sala de Tribunal adicionará en virtud del precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la CSJ, con valor de doctrina probable.

7.2. En cuanto a las sumas por concepto de la cotización destinada a la garantía de pensión mínima: la Sala estima procedente en sede de consulta mantener 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.

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 del demandante LUIS GREGORIO CAMACHO, en tanto se trata de un rubro que en la actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada.

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

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

Luego entonces, como en el sub lite no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o

sobrevivientes, sino simplemente determinar los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, las sumas adicionales de la aseguradora, única y exclusivamente si dicho rubro se hubiere causado.”

7.4. En respuesta al segundo punto alegado por Colpensiones en su apelación, estima la Sala necesario abordar también el punto sobre la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR para la adquisición de los seguros previsionales, ya que son valores que hacen parte de la cotización y su devolución surge dentro de los efectos de la inexistencia 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 inexistencia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

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

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

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

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, 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 1995.

La Sala niega la declaración de la excepción de prescripción, como quiera, que en este caso no se declara la nulidad, sino la ineficacia del acto de 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 del afiliado comportan una transgresión a los derechos a la seguridad social y libre escogencia de régimen de la actora.

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

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

En la sentencia en mención, se afirma:

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

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

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

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

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia anotada, no procede declarar probada la excepción de prescripción alegada por el fondo privado accionado y Colpensiones, en tanto el(la) afiliado(a) puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral en cualquier momento para solicitar la declaración de ineficacia de la afiliación, y se defina en que régimen pensional se encuentra afiliado, aspecto que por analogía considera la Sala aplicable en este evento en que los hechos acreditados constatan una ausencia de voluntad y consentimiento en el traslado 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 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 entidad apelante AFP PORVENIR S.A., por cuanto no tuvo prosperidad 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.

No se condena en costas a COLPENSIONES porque su recurso de apelación tuvo prosperidad.

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 TERCERO** de la parte resolutive de la Sentencia Nro. 59, apelada y consultada, proferida el dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), en primera instancia, por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYAN, CAUCA, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor LUIS GREGORIO CAMACHO CAMACHO contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. que proceda también a devolver y depositar a COLPENSIONES los gastos de administración indexados, las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales y la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, siempre que éstas últimas se hayan causado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SE CONDENA únicamente en costas de segunda instancia a la AFP PORVENIR S.A., a favor del demandante, de

conformidad con la parte motiva de esta providencia.

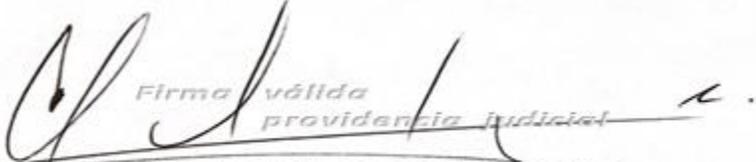
Las agencias en derecho como se dijo en la parte motiva.

CUARTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** la presente sentencia a las partes por **ESTADO ELECTRÓNICO**, para su conocimiento, con inserción de la providencia, de conformidad con el artículo 9° de la Ley 2213 de 2022.

QUINTO: En su debida oportunidad, devuélvase el expediente digital al juzgado de origen.

Los Magistrados,


Firma válida
providencia judicial
LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO PONENTE
(CON SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO)


Firma válida
providencia judicial
CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL


Firma válida
providencia judicial
CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL