

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, siete (07) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	OSCAR GERARDO DORADO TOBAR
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. 2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.
RADICADO	19-001-31-05-001-2020-00234-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS-PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	SE ADICIONA EL ORDINAL SEGUNDO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y CONSULTADA, PARA ORDENAR LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS ADICIONALES DE LAS ASEGURADORAS, SIEMPRE QUE SE HAYAN CAUSADO. SE CONFIRMA EN LO DEMÁS.

1.- ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, la Sala Laboral, integrada por los Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado ponente, procede a proferir

sentencia escrita que resuelve el **RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada, A.F.P. PORVENIR S.A. y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES**, contra la Sentencia Nro. 002 del veintiuno (21) de enero de dos mil veintidós (2022), proferida en primera instancia, por el Juzgado Primero 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 parte demandante: **(i) Que se declare** la ineficacia del traslado del Señor Oscar Gerardo Dorado Tobar, del RPMD administrado actualmente por COLPENSIONES al RAIS con destino a la A.F.P. PORVENIR S.A.; **(ii) Que**, en consecuencia, se condene a la A.F.P. PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.; **(iii) Que se condene** a las entidades demandadas, al pago de las costas y agencias en derecho que genere este proceso; y **(iv) Que se condene** a las entidades demandadas, a que reconozcan cualquier derecho que resultare debatido y probado durante el trámite judicial, conforme a las facultades *ultra y extra petita*, otorgadas al juez laboral.

Como **fundamentos facticos relevantes sostuvo**, que nació el 23 de noviembre de 1963, actualmente cuenta con 56 años de edad y durante toda su vida laboral ha trabajado para diversos empleadores privados, y acredita actualmente 1.757 semanas, cotizadas hasta el 31 de octubre de 2020.

Que estaba afiliado al RPMPD ante el ISS, pero en el año 2000 suscribió formulario de traslado de afiliación al RAIS, a la AFP PORVENIR S.A., donde actualmente se encuentra realizando aportes a pensión.

Por último, señaló que, elevó solicitudes de ineficacia de traslado ante las demandadas, pero obtuvo respuestas desfavorables (Carpeta 02 titulada “demanda y anexos”, Archivo titulado “1(52)

DEMANDA OSCAR GERARDO DORADO OK”, págs. 04-14, expediente digital de 1ra instancia).

2.2. Contestación de la demanda COLPENSIONES

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderada judicial, 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 el demandante no haya recibido la asesoría idónea para el efecto.

Solicita que, en la parte resolutive de la sentencia se ordene a la A.F.P. PORVENIR S.A. normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIFP; que la devolución de sus aportes a COLPENSIONES con la respectiva entrega del archivo y detalle de aportes realizados durante su permanencia en el RAIS y que la A.F.P. PORVENIR S.A. aporte la historia laboral del actor debidamente actualizada.

Propuso como *excepciones de fondo*: “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”, “carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica”, “errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C.”, “cobro de lo no debido – 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”, “indebida aplicación de las normas en materia de traslado en regímenes pensionales – vulneración del principio de la confianza legítima”, “inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia del traslado de régimen”, y “prescripción”. (Carpeta titulada “07.1CONTESTACIÓN – COLPENSIONES”, Archivo titulado “01(10)Contestación demanda Oscar Gerardo Dorado Tobar”, expediente digital de 1ra instancia).

2.3. Contestación de la demandada PORVENIR S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderado judicial, y luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, se **opone a todas las pretensiones**, al considerar que, al momento de la afiliación el actor recibió una asesoría integral, conforme a las normas vigentes para la época, y se le informaron ventajas y desventajas de uno y otro régimen.

Que, solo hasta la expedición de la circular 016 de 2016, surgió para las AFP la obligación de guardar los soportes documentales y por ello, antes de dicha fecha, las asesorías eran verbales, sin que por ello pueda afirmarse que no fueran completas, transparentes y oportunas, pues no puede exigírsele a la AFP que fuera de otro modo, ya que, era una forma correcta y ajustada a la ley vigente, a la fecha de vinculación

Propuso como excepciones de mérito, las que denominó: “prescripción”, “prohibición legal de aplicar retroactivamente la ley”, “principio de confianza legítima”, “falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas”, “buena fe”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación”, “prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo”, “innominada o genérica”, “inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones”, “debida asesoría del fondo”. (Carpeta “11.1CONTESTACION_DEMANDA PORVENIR S.A”, Archivo titulado: “1(19) CONTESTACIÓN DEMANDA OSCAR DORADO”, expediente digital de 1ra instancia).

2.4. Decisión de primera instancia

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento, concentrada, el día veintiuno (21) de enero de dos mil veintidós (2022), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar la SENTENCIA No. 002, en la cual resolvió: **i) DECLARAR** la ineficacia de la afiliación del señor Óscar Gerardo Dorado Tobar a la AFP PORVENIR S.A, efectuada el 18 de febrero de 2000, y en consecuencia, **DECLARAR** que, para todos los efectos legales, el demandante nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en

el RPMPD; **(ii) CONDENAR** a la AFP PORVENIR SA a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor Óscar Gerardo Dorado Tobar, tales como cotizaciones y bonos pensionales, si los hubiere, con todos sus frutos e intereses, así como, las primas de seguros previsionales, de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima y el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, estos últimos, es decir gastos de administración, debidamente indexados; advirtiendo que, tales conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores y demás información relevante que los justifique, aunado a que, dichos valores, deberán ser recibidos por COLPENSIONES; **(iii) ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., normalizar la afiliación del demandante en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalle de los aportes del señor Óscar Gerardo Dorado Tobar; **(iv) NEGAR** la prosperidad de las excepciones de mérito propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A.; y **(v) CONDENAR** en costas a PORVENIR S.A.

TESIS DE LA JUEZ: Indicó que PORVENIR S.A. sí incumplió el deber de brindar una información veraz y eficiente al demandante, respecto del cambio de régimen pensional; pues, no hay una prueba real de que ese fondo de pensiones hubiese suministrado al afiliado la información clara y precisa de las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, a pesar de la carga que le correspondía.

Que, no es admisible el argumento de que el afiliado firmó libre y voluntariamente un formulario de afiliación o traslado, pues como se explicó y lo ha sostenido la jurisprudencia laboral, la libertad presupone conocimiento pleno de una de las consecuencias de una decisión, y sin una información suficiente y completa no hay autodeterminación, reiterando que, no se encuentra un solo medio de convicción que permita demostrar el cumplimiento de esta obligación, que le permitiera al demandante tomar una decisión responsable, en torno a la inversión más apropiada a sus ahorros pensionales.

En consecuencia, concluyó que, se debe declarar la ineficacia de la afiliación del señor Óscar Gerardo Dorado Tobar al RAIS, que implica el privar de todo efecto jurídico práctico dicho traslado,

bajo la ficción jurídica de que, él nunca se trasladó al RAIS o más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

En cuanto a los efectos de la declaratoria de ineficacia, señaló que, en lo referente al rubro de sumas adicionales de la aseguradora, el Tribunal Superior de Popayán, en su Sala Laboral, ha venido negando la devolución, por tener solo vigencia y operatividad en el evento en que se cumplan los requisitos contemplados para la pensión de sobrevivencia e invalidez, lo cual no se trata en este caso.

Además, de acuerdo a criterios jurisprudenciales a los que hizo mención, concluyó que, no se debe descontar el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni primas de seguros previsionales, y ordenó la devolución de los gastos de administración indexados.

Por último, sostuvo que, la acción de ineficacia de traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible, conforme a criterio de la CSJ-SCL.

2.5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

“Porvenir se da por notificada y procede a presentar recurso de apelación, frente a la orden emitida en primera instancia de devolver los gastos de administración, incluido las primas de seguros provisionales.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, con dicha orden se desconoce que existan prestaciones que por su naturaleza no pueden retrotraerse y ello constituye un límite o excepción, a los efectos retroactivos de la declaratoria ineficacia.

La condena a Porvenir S.A de devolver los dineros correspondientes a gastos de administración, incluido el valor desembolsado para cubrir los seguros previsionales, 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 ineficacia del acto jurídico, sean devueltos a las partes que las originaron de tal forma que se le exponga la circunstancias en que se encontrarían, si aquel no hubiese 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, como es el caso de las gestiones de administración de los recursos del afiliado y los valores pagados para contratación de seguro previsional.

En efecto, se encuentran a cargo de las sociedades administradoras de los fondos de pensiones y cesantías, como Porvenir S.A, las obligaciones previstas en el artículo 14 del decreto 656 de 1994, entre las cuales se destacan la de invertir recursos del sistema, 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, artículo 39 del decreto 656 de 1994, y que generan un beneficio para el afiliado, pues los rendimientos de las inversiones realizadas por las administradoras, entran a formar parte del capital con el que se financian las prestaciones a favor de quien es afiliado dentro del RAIS.

Sobre el particular, conviene destacar que, cuando se trata de prestaciones de hacer, distintas a las de entregar cosas o de no hacer, la regla general es que el ejecutado no es susceptible de retrotraerse, debido a que no es posible eliminar un comportamiento humano como si este nunca se hiciese presentado; en consecuencia, cuando se trata de prestaciones de hacer o no hacer, la doctrina Nacional ha precisado, que sería necio pensar en una restitución por la propia naturaleza de las cosas, cómo devolver el trabajo ejecutado, el goce disfrutado, la abstención mantenida o la tranquilidad otorgada, estos reintegros se dice, no son factibles.

Lo propio sucede con los contratos de tracto sucesivo, respecto de los cuales la Corte Suprema de Justicia ha

afirmado que, por la terminación judicial, pierde el contrato su fuerza para el futuro, más quedan en pie, los efectos que hasta ese entonces se hayan surtido.

En ese orden de ideas, la ineficacia del negocio jurídico, genera como consecuencia principal, el derecho de las partes a ser restituidas al estado en el que estaría si el negocio nunca se hubiese celebrado, es decir, produce efectos retroactivos, esto implica, en los casos en que las partes han ejecutado una parte de las prestaciones que tenían como fuente del negocio ineficaz, que habrá lugar a que cada una reciba de regreso, lo que haya dado o entregado en cumplimiento del negocio, lo anterior siempre y cuando se trate de prestaciones susceptibles de retrotraerse, lo que excluye por regla general, la hipótesis en las que se han ejecutado prestaciones de hacer o de no hacer, y los contratos de tracto sucesivo, en los que ya se ha ejecutado una parte. En estos últimos supuestos, quién satisfizo su obligación, tiene derecho a conservar la prestación correlativa que haya recibido como contrapartida, admitir lo contrario, esto es imponer a la parte la restitución de lo que recibió a cambio de una obligación que no puede deshacerse, desconocería los postulados de la prevención de enriquecimiento sin justa causa, que están en la base del régimen jurídico de restituciones mutuas, en efecto una parte se vería beneficiada por el comportamiento de la otra, quien además no tendría que pagar contraprestación alguna.

Estos criterios generales, permiten en cada caso establecer el alcance de las restituciones mutuas, de igual forma la aplicación de las reglas relativas a los efectos de la reivindicación a las restituciones que se ordenan en los casos de ineficacia de los negocios jurídicos, conduce necesariamente a que se reconozcan entre otras partidas, las expensas realizadas en la conservación de la cosa que se debe restituir.

Así las cosas, al ordenar como consecuencia de la declaratoria de ineficacia en el traslado de régimen pensional, que se restituyan los valores que se cobraron a título de cuotas de administración y comisiones, se desconocen las reglas sobre la restituciones mutuas, reguladas en el artículo 1746 Del código civil, pues a pesar de que porvenir S.A., ejecutó cabalmente sus obligaciones y en tal virtud, generó una rentabilidad a

favor del afiliado, aquellas gestiones se dejan sin la correlativa compensación a la que tiene derecho la entidad.

Así pues, al resultar imposible, retrotraer los efectos de las labores de administración desarrolladas por la AFP porvenir, y que ya se encuentran consolidadas, no es 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, con la restituciones mutuas, en estos casos en los que no resulte viable retrotraer los efectos de las prestaciones ejecutadas por parte de los contratantes, el carácter retroactivo de la declaratoria de ineficacia, no puede servir para generar un enriquecimiento injustificado para una de las partes.

Esto cobra especial trascendencia, en los casos que nos ocupan, como es el de la ineficacia de los traslados, pues ha sido el mismo legislador el que ha determinado de las obligaciones a cargo de la sociedades administradoras de los fondos de pensiones y cesantías, y su derecho a percibir una remuneración para lo que incluso se estableció en la misma ley, el porcentaje de cotización que se podía destinar a cubrir los gastos de administración, esto conforme lo señala el artículo 20 de la ley 100 de 1993.

Desde esa perspectiva, una adecuada aplicación de las reglas sobre las restituciones mutuas, Supondría respetar los efectos consolidados y que no pueden retrotraerse por su propia Naturaleza, como ocurre con la ejecución de las obligaciones de hacer y que implica que la prestación correlativa a aquella, tampoco pueda restituirse, pues de lo contrario, se estaría generando, como ya se ha manifestado, un enriquecimiento injustificado en cabeza de una de las partes, en este caso en cabeza del demandante.

Así las cosas, solicito a los señores magistrados, tener en cuenta los principios que deben regir en las restituciones mutuas, y revocar la decisión respecto de que Porvenir tenga que devolver los gastos de administración y las primas de seguro, toda vez que dichas, dichos descuentos, fueron realizados con fundamento en la ley.

Adicionalmente, porvenir S.A. ha obrado con la mayor y absoluta buena fe y bajo el principio de confianza legítima, pues todas sus obligaciones se encuentran reguladas en la misma ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Desde esa perspectiva, resulta alejado del funcionamiento del RAIS considerar como un deterioro al patrimonio del afiliado, la erogación correspondiente a los dineros que se destinan a cubrir esos costos de administración y esas primas a las que están obligadas a asumir los fondos, en pro de qué los afiliados al régimen de ahorro individual puedan acceder a las prestaciones propias del régimen de ahorro individual. En estos términos quedaría presentado el recurso de apelación, muchas gracias.”

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

3.1. La apoderada de la parte demandante, se ratificó en los hechos de la demanda, se refirió a argumentos relacionados con el deber de información y solicitó, se declare que el traslado debe ser declarado ineficaz, y se regrese al afiliado, como si nunca hubiere efectuado el mismo. (Archivo No. 10, expediente digital de 2da instancia).

3.2. La apoderada de la demandada Porvenir S.A., solicita, revocar la orden judicial emitida en primera instancia, dado que PORVENIR S.A. cumplió con el deber de información que le era exigible para la fecha de los hechos o del traslado, por lo cual el acto jurídico no puede ser declarado ineficaz, no obstante, de mantenerse la decisión al respecto, solicitó, no se ordene a PORVENIR trasladar los valores referentes a cuota de administración y primas de seguro, dado que con ello se desconoce las reglas existentes en materia de restituciones mutuas.

Además, señaló que, todas sus actuaciones las realizó de buena fe y bajo el principio de confianza legítima, para lo cual ahondó

en lo referente al deber de información, el principio de confianza legítima, la carga de la prueba y valoración probatoria, las reglas existentes en materia de restituciones mutuas, gastos de administración y teoría de los actos propios. (Archivo No. 12, expediente digital de 2da instancia).

3.3. La apoderada judicial de Colpensiones E.I.C.E., deprecó que, en el evento de confirmarse la sentencia de primera instancia, se ordene también a la AFP PORVENIR S.A., trasladar las sumas adicionales de la aseguradora, en caso de que éstas se hubiesen causado, para lo cual, hizo referencia a criterios jurisprudenciales en torno a la materia. (Archivo No. 14, 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 la AFP PORVENIR S.A., quien integra 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 E.I.C.E.

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

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

Como asunto asociado, se analiza el tema alegado sobre 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 la AFP PORVENIR S.A. y en virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES E.I.C.E., se pasa a resolver:

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico ordenar a Porvenir S.A. que, traslade al RPM, los gastos de administración con su respectiva indexación, las primas de seguros previsionales y las sumas adicionales de la aseguradora?

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

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

Tesis de la Sala: La Sala concluye, se debe **CONFIRMAR** la declaración de ineficacia del traslado del RPM al RAIS, contenida en la sentencia apelada.

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas:

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

(i) *El régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones.*

(ii) *El sistema de ahorro individual con solidaridad, bajo la tutela de las Administradoras de pensiones privadas.*

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

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

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

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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

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

(... ..)

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

(... ..)

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

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

6.5. Por medio del artículo 60 de la Ley 100/93, se regula las características del régimen pensional RAIS, y en lo que interesa, se resalta lo dispuesto en el literal c, en su versión original, atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 2000:

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 2000, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

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

(... ...)

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

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

Artículo 97: Información:

“1. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la

mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.”

6.7. Por medio del artículo 271 de la Ley 100/93, se disponen las sanciones, en el evento del incumplimiento de las reglas sobre libre escogencia del régimen pensional que le asiste al trabajador, o cuando **“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa... ..”**

Y, además, expresamente se dispone que

(... ..) La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

6.8. En cuanto a la carga de la prueba del vicio en el consentimiento, aplica el artículo 1604 ibidem, el cual consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos incumbe al que ha debido emplearlo.

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

En reciente sentencia CSJ SL1452-2019, la CSJ Sala Laboral se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las

administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una *expectativa de pensión* o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

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

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

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

“3.2. Excepción de saneamiento de la nulidad relativa.

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

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la

consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

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

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

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte

interesada, la ineficacia es insanable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.

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

6.11. HECHOS PROBADOS RELEVANTES

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

6.11.1. Según reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido el 03 de febrero de 2021, por Colpensiones, se constata el demandante estuvo afiliado al RPM administrado por Colpensiones, desde el 8 de junio de 1987, advirtiéndose que cuenta con 697,29 semanas cotizadas a seguridad social en pensión, en dicho RPM, en el periodo comprendido del 12 de diciembre de 1983 al 29 de febrero del 2000 (Ver carpeta titulada: “07.1CONTESTACIÓN – COLPENSIONES”, archivo “17(6)ReporteSemanasCotizadas03022021” y carpeta denominada: “11.1CONTESTACION_DEMANDA PORVENIR S.A”, archivo No. 03, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.2. Está probado con la respuesta al hecho 3 de la demanda por PORVENIR S.A., con la solicitud de vinculación de fecha 18 de febrero de 2000, la historia laboral del demandante, expedida por PORVENIR, la certificación de fecha 28 de julio de 2021, expedida por PORVENIR y el historial de vinculaciones de ASOFONDOS, el señor OSCAR GERARDO DORADO TOBAR se trasladó del régimen de prima media, administrado hoy por COLPENSIONES, al de ahorro individual, ante PORVENIR S.A., mediante solicitud del 18 de febrero del 2000, encontrándose efectivamente afiliado a esta administradora del RAIS, con fecha 1 de abril del 2000 y contando con 1.058 semanas cotizadas a PORVENIR S.A., para un gran total de 1.757 semanas cotizadas a seguridad social en pensión (Carpeta titulada: “02DEMANDA Y ANEXOS”, archivo titulado “1(52)DEMANDA OSCAR GERARDO

DORADO OK”, págs. 15-24, y carpeta denominada: “11.1CONTESTACION_DEMANDA PORVENIR S.A”, archivos No. 3 a 5, 7 y 8, expediente digital de 1ra instancia).

CONCLUSIONES:

1. Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados y las contestaciones de la demanda, aparece debidamente probado, en el momento de la solicitud de traslado al RAIS, el 18 de febrero de 2000, el demandante se encontraba afiliado al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, contando con 697.29 semanas cotizadas a dicho RPM, en el periodo comprendido de diciembre de 1983 a febrero del 2000.

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 2000, cuando se suscribió solicitud de traslado, 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 de la solicitud del traslado, en febrero del 2000, y cuando se dio la afiliación efectiva a PPORVENIR S.A., en abril del 2000, acorde con la interpretación sistemática del literal B) del artículo 13, en conjunto con el artículo 271, ambos de la Ley 100 de 1993 y de los artículos 72, literal f) y numeral 1, del artículo 97, ambos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF).

3. Es pertinente señalar también, la sola firma del formulario, que contiene escritos preimpresos, no se prueba la elección libre y voluntaria del traslado, en los términos requeridos, esto es, indicándosele ventajas y desventajas de ambos regímenes al afiliado, y no solo informándosele eventuales ventajas del RAIS, como al parecer sucedió en este caso, de acuerdo al análisis del formulario de vinculación obrante en el expediente.

4. 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.

5. 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, procede confirmar la declaración de ineficacia del traslado, proferida en la sentencia de primera instancia.

7. SOBRE EL TRASLADO A COLPENSIONES DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN

INDEXADOS, LAS PRIMAS DE SEGUROS PREVISIONALES Y LAS SUMAS ADICIONALES DE LAS ASEGURADORAS.

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

Así mismo, se confirma la decisión de primera instancia que ordenó la devolución de los valores pagados por las primas de los seguros previsionales.

Además, procede ordenar la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, aclarando que la devolución de dichas sumas adicionales, sólo procede en el evento en que se hayan causado, razón por la cual, se adicionará el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y consulta, en tal sentido.

Estas decisiones encuentran apoyo, en las siguientes consideraciones:

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

Es procedente la condena atinente a la devolución de los gastos de administración, que se recibieron mientras la demandante 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)”.

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 indexados, entre otros, amparado en la premisa que, 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.

7.2. En punto a la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR S.A., para la adquisición de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, tema que es revisado por la Sala, en virtud de la apelación planteada por PORVENIR S.A., la Sala confirma la orden de devolución proferida por la *A quo*, por cuanto son valores que hacen parte de la cotización y su devolución surge dentro de los efectos de la ineficacia del traslado, como figura jurídica que obliga a que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido y por eso es que la Corte Suprema de Justicia, a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

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

obligación, debería resolverse en proceso aparte entre las partes interesadas.

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

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

En consecuencia, se confirma en tal sentido también, la sentencia apelada y consultada, como ya se indicó.

7.3. En relación con la **devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras**, analizado el tema en Consulta, se observa que la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, se

peticionó en el libelo genitor de la demanda, y la *A quo*, indicó que no eran procedentes, conforme a criterio de este Tribunal, no obstante, de acuerdo al grado jurisdiccional de consulta, la Sala adicionará el ordinal segundo de la resolutive de la sentencia objeto de apelación y consulta, concediendo tal concepto, con la aclaración de que, sólo resulta procedente, siempre que se hayan causado, conforme se expuso por esta Sala en anteriores casos, entre otros, en el proceso ordinario laboral con radicado 2021-00006: *“La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 08 de septiembre de 2008, radicación No. 31989, consideró que es procedente la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora. Lo anterior, ha sido ratificado en providencias SL2611-2020, SL4863-2021 y SL2601-2021. Asimismo, lo determinó en sede de instancia y en sus partes resolutivas en fallos SL1467-2021 y SL2953-2021.*

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

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

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, trascurrió más de tres años del artículo 151 del CPLSS,

para adelantar la presente acción de nulidad, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 2000.

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

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

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

En la sentencia en mención, se afirma:

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

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

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

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

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

9. COSTAS

En aplicación del numeral 1° del artículo 365 del 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 – 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.

De conformidad con el artículo 365 del CGP, numeral 8°, no procede la condena en costas a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E., por no encontrarse causadas, en virtud del grado jurisdiccional consulta aquí surtido a su favor.

10. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: SE ADICIONA el ordinal SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia No. 002 del veintiuno (21) de enero de dos mil veintidós (2022), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A., a devolver y depositar en Colpensiones las sumas adicionales de las aseguradoras, siempre que estas últimas se hayan causado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

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

TERCERO: Sin condena en costas a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E, según lo motivado.

CUARTO: 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


Firma válida
providencia judicial
CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL