

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, Cauca, veinte (20) enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ESMERALDA AMPARO GÓMEZ JARAMILLO
DEMANDADOS	1. Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES 2. PORVENIR S.A. 3. PROTECCIÓN S.A.
RADICADO N°	19-001-31-05-001-2018-00215-01
INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA Y CONSULTA
JUZGADO DE ORIGEN	JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN (CAUCA)
TEMA	TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL > INEFICACIA del traslado del RPM al régimen de ahorro individual con solidaridad > EFECTOS.
DECISIÓN	SE ADICIONA EL ORDINAL PRIMERO de la Sentencia Nro. 017 del 16 de junio de 2020 y se confirma en lo demás.

ASUNTO A TRATAR

Agotadas las etapas procesales y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, de conformidad con lo señalado en el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, 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 la parte demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de Colpensiones, frente a la Sentencia Nro. 017 proferida en primera instancia, el dieciséis (16) de junio del año dos mil veinte (2020), por el Juzgado Primero Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende la demandante **(1) se declare la nulidad de los traslados al régimen de ahorro individual con solidaridad** administrados por PROTECCIÓN S.A. y posteriormente PORVENIR S.A.

(2) se condene al fondo de pensiones PORVENIR S.A. a trasladar al RPM los valores de la cuenta de ahorro individual de la señora Esmeralda Amparo Gómez Jaramillo, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado.

(3) Se condene a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. asumir los detrimentos sufridos por su capital, destinado a la

financiación de su pensión de vejez, por los gastos de administración que hubieren incurrido.

(4) se condene en costas procesales y agencias en derecho a todas las entidades demandadas (fls.2 a 19, cuaderno digital de primera instancia).

Como *fundamentos fácticos*, en síntesis, la señora Esmeralda Amparo Gómez Jaramillo expone que: 1) Se encuentra afiliada a PORVENIR S.A., desde el mes de octubre de 1999, y, con antelación a la precitada vinculación, se encontraba afiliada al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A., desde el 26 de septiembre de 1995, proveniente del régimen de prima media administrado por CAJANAL.

2) Que las afiliaciones a Protección S.A. y Porvenir S.A. se realizaron, cuando asesores de esas entidades visitaron las instalaciones del Hospital Susana López de Valencia y le ofrecieron unas condiciones presuntamente más favorables para obtener la pensión de vejez, que las que tenía con CAJANAL, lo que la indujo a error, ante la promesa que su pensión sería muy superior a la que le correspondería en el régimen de prima media con prestación definida.

Por ese motivo, los fondos de pensiones privados, a través de sus promotores, incumplieron una de sus obligaciones legales de suministrar a sus potenciales clientes una información adecuada, suficiente y cierta para que la decisión tomada hubiese sido libre y espontánea.

3) Agrega que, la diferencia es notoria entre las dos mesadas pensionales en uno y otro régimen, lo que denota el engaño del que fue objeto.

4) Señala finalmente, que presentó solicitud de traslado a Colpensiones en abril de 2018, así como solicitud de anulación del traslado y/o afiliación a Porvenir S.A. y Protección S.A., peticiones que le fueron negadas.

1.2. Contestación de COLPENSIONES (folios 94 a 103, del expediente digital):

Colpensiones, a través de su apoderada judicial, haciendo uso del derecho a la defensa, contestó la demanda y aceptó la afiliación de la demandante a Protección S.A. y Porvenir S.A. en las fechas indicadas; además, advirtió que aquella tiene cero (0) semanas cotizadas a Colpensiones y que no se corroboró que la actora cotizó a CAJANAL; pero, en caso de que se demuestre la afiliación a esta última entidad, correspondería a la UGPP lo pertinente.

En cuanto a las pretensiones, se opuso a su prosperidad, porque, considera que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante no presentó ningún vicio en el consentimiento. Además, la demandante ya cumple con el requisito de edad para pensionarse, por lo que no es viable el traslado.

Formuló las siguientes excepciones de mérito: “Inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma”, “inexistencia de la obligación” y “prescripción”.

1.3. Contestación de PROTECCIÓN S.A., antes AFP ING (folios 128 a 132, ibidem):

El Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., en ejercicio de su derecho a la defensa, contestó la demanda a través de su apoderado judicial, y, luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, **se opuso a todas las pretensiones**, con fundamento en que, la afiliación que en su momento efectuó la señora Esmeralda Amparo Gómez Jaramillo a ese fondo, se efectuó conforme los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia, al brindársele una asesoría veraz, oportuna,

profesional y verdadera. Además, que, la demandante permaneció en la AFP Protección S.A. hasta el 30 de noviembre de 1999, posteriormente solicitó traslado a la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.), por lo que no se presentan aportes pendientes por devolver.

En su defensa, formuló como excepciones de mérito las que denominó: “Falta de causa en las pretensiones de la demanda”, “carencia de acción y ausencia de derecho”, “inexistencia de las obligaciones demandadas respecto de la administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A.”, “cobro de lo no debido”, “buena fe”, “inexistencia de vicio del consentimiento que pudo inducir a error en la afiliación del demandante inicialmente a la AFP ING, hoy Protección S.A., que traiga como consecuencia la anulación de la afiliación”, “prescripción” y “genérica o innominada”.

1.4. Contestación de PORVENIR S.A. (folios 158 a 173, ibidem):

El Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. contestó la demanda a través de su apoderada judicial, y, en su defensa, manifestó que la demandante se trasladó de régimen en septiembre de 1995 hacia la AFP PROTECCIÓN, luego, se trasladó a COLMENA, en octubre de 1998, y, posteriormente a HORIZONTE, en octubre de 1999, y que la afiliación a PORVENIR fue automática por fusión entre las entidades HORIZONTE y PORVENIR. Con base en lo anterior, se opuso a todas las pretensiones declarativas y de condena de la demanda, bajo el argumento que la vinculación de la demandante a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., es un acto válido, en la medida que fue realizado de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión.

Que, en caso de ser aceptado el traslado, no es posible realizar el traslado del BONO PENSIONAL y la SUMA ADICIONAL, pues es dinero que no posee Porvenir S.A. y solamente es exigible a la

aseguradora contratada para el seguro provisional de invalidez y sobrevivencia en el momento que se den los presupuestos legales para financiar algunas de las prestaciones consagradas en la ley.

Propuso las siguientes excepciones de mérito: “Prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación”, “la voluntad de la hoy demandante denota el compromiso serio de pertenecer al RAIS, convalidando o saneando el presunto vicio alegado”, falta de causa para pedir”, “buena fe”, “genérica”, “inexistencia de la obligación”, “asesoría pensional de la administradora”, “PORVENIR no puede ser compelido al reconocimiento de mermas o deterioro del bien administrado” y “afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”.

1.5. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día dieciséis (16) de junio de dos mil veinte (2020) y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar SENTENCIA Nro. 017 dentro del presente asunto, en la cual **resolvió: Declarar la ineficacia del traslado** de la demandante, del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, sucedido el 26 de septiembre de 1995.

En consecuencia, ordenó a la AFP PORVENIR, trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración de la demandante a COLPENSIONES.

Declaró NO PROBADAS las excepciones de mérito formuladas por PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y condenó en costas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

TESIS DEL JUEZ: El Despacho ya ha tenido como base jurisprudencial para la toma de decisiones frente a este tema, la sentencia SL1688 de 2019, radicado n° 68838, del 8 de mayo de 2019, en donde se concluye que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es exigible desde su creación; y, para el caso, el traslado, del régimen de prima media con prestación definida, a cargo de CAJANAL, al régimen de ahorro individual con solidaridad, a cargo de PROTECCIÓN, se presentó el 26 de septiembre de 1995, por lo que nos encontramos en la primera etapa que señala el precedente de la CSJ-SL, sobre el deber de suministrar información necesaria y transparente.

Corolario a lo anterior, el Juez señala que la expresión “*libre y voluntaria*” del literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual sólo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, no se puede alegar que hubo una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho con una simple expresión genérica. De allí que, desde el inicio haya correspondido a las AFP dar cuenta que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Frente al tema del consentimiento vertido en el formulario de afiliación, dice que la Corte ha dicho que es insuficiente para tener por demostrado el deber de información, pues se necesita un consentimiento informado. En armonía con lo anterior, concluye, el acto jurídico de cambio de régimen, en este caso, ES INEFICAZ, pues no hay prueba que el consentimiento vertido en el formulario de afiliación por la demandante fue informado y esa carga de la prueba estaba en cabeza de PROTECCIÓN, quien era quien debía demostrar que esa información si fue suministrada en los parámetros establecidos en la ley y jurisprudencia.

Advierte el juez que, si bien la demandante después de afiliarse a PROTECCIÓN se trasladó a COLMENA, después a HORIZONTE y luego por la fusión terminó en PORVENIR, ello no puede dar a concluir que esos traslados dentro del RAIS convalidan el no suministro de la información necesaria cuando se trasladó del RPMPD al RAIS.

Adicionalmente, frente a la excepción de prescripción, señala que la CSJSL ha mantenido reiteradamente la tesis que el tema de la ineficacia es imprescriptible.

Al generarse la ineficacia, para el juez, procede a PORVENIR devolver los aportes, los rendimientos financieros y gastos de administración.

1.6. Recurso de apelación de PORVENIR S.A.

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de Porvenir S.A. presentó recurso de apelación oralmente y como fundamento de su inconformidad, en primer lugar, se opuso a la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, señalando que, la elección de cualquiera de los regímenes previstos en la ley es decir el de prima media con prestación definida o el de ahorro individual con solidaridad es de forma libre y voluntaria por parte de la afiliada quien manifiesta por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado; y, en este caso, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993, reglamentado por el decreto 692 de 1994, la señora demandante eligió de manera libre y voluntaria la administradora y el régimen pensional al que deseaba pertenecer procediendo el diligenciamiento del formulario de afiliación respectivo, formulario que contiene los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del decreto 692 de 1994 y corresponde a la proforma adoptada por la Superintendencia Financiera a través de las circulares 034 y 037 de 1994.

Así las cosas, con respecto a la carga de la prueba, para la apelante, no cuenta con respaldo legal, ni jurisprudencial, y,

por tanto, la demandante era quien estaba forzaba a acreditar que la actuación de la AFP, inicialmente Protección, después Colmena, luego Horizonte y por último Porvenir S.A, no se ha ajustado a tal parámetro legal, máxime cuando la jurisprudencia ha reiterado que la existencia de vicios en el consentimiento no se presume.

En **cuanto al traslado de los gastos de administración**, señala que la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, desconoce el recurso o talento humano involucrado en la gestión de hacer rendir de buena fe los dineros de la cuenta pensional de la señora demandante, por lo que devolver lo pagado por un trabajo especializado que favoreció a la afiliada, constituye una inequidad en contra de su representada por virtud del efecto retroactivo de la declaratoria judicial de ineficacia. Así, en el presente caso, la sentencia que haga tal declaración debe ordenar que las cosas vuelvan al estado en el que se encontraban antes del otorgamiento del acto o contrato declarado ineficaz, es decir, el juez oficiosamente debió regular las prestaciones mutuas de los contratantes pues de lo contrario la sentencia infringirá la ley por la inaplicabilidad del artículo 1746 del Código Civil.

En los términos anteriores, solicita se acepte el recurso de apelación para que se revoque la decisión de primera instancia en esos aspectos.

1.7. Recurso de apelación de COLPENSIONES:

La apoderada de COLPENSIONES en su recurso, fundamenta que la demandante se encuentra vinculada al RAIS desde el mes de septiembre de 1995 y por tener más de 65 años ya causó su derecho pensional, por lo cual no es viable su traslado a Colpensiones, en virtud a lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, máxime cuando en el plenario no existe prueba de que se hubiese brindado una indebida asesoría por parte de

los asesores de Protección o de los otros fondo a los cuales ella estuvo afiliada.

Agrega que, lo que se extracta de la demanda y del interrogatorio de parte, es que la motivación que tiene la señora Esmeralda para trasladarse al régimen es meramente económico y concreta el engaño a la falta de información en el monto de la pensión, situación que a todas luces es errada, teniendo en cuenta que no alcanzar las expectativas de la afiliada no genera por si solo inducción o engaño.

Dice que, de ninguna manera las pruebas del libelo evidencian que la AFP no cumplió con el deber de información, máxime cuando existen conductas de la afiliada como la de realización de aportes y varios traslados dentro del RAIS, que ratifican el querer o la voluntad de la afiliada de pertenecer al mismo.

Además, la administradora difiere de las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia en este tipo de asuntos y del señor Juez, donde se invierte la carga de la prueba, sin tener las particularidades del caso y donde se impone la carga solo al fondo de pensiones, estableciendo un tipo de responsabilidad objetiva que favorece la inercia probatoria del demandante que viene al proceso sin realizar un mínimo esfuerzo probatorio, pues ello implicaría alterar la lógica probatoria y los principios generales del código general del proceso, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia 086/16. Además de que existen obligaciones a cargo del afiliado establecidas en el Decreto 2241 de 2010 (art. 4), resaltando que según el numeral 5 del artículo 4 el silencio en el transcurso se equipara a una decisión consciente de los efectos legales de pertenecer a determinado régimen.

Resalta que, la apelación también obedece a la necesidad de evitar el colapso financiero de Colpensiones pues, aunque la AFP traslade a la administración la totalidad se los aportes, rendimientos y gastos de administración de la cuenta individual de la actora, dicha situación sin lugar a dudas vulnera el

principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

También insiste en la petición especial que se presentó en los alegatos, solicitando que, en caso que se confirme la sentencia, la AFP Porvenir normalice la afiliación en el sistema de información de AFP y, en cuanto a la devolución de sus aportes a Colpensiones, lo haga con la respectiva entrega del archivo y aportes realizados durante su permanencia en el RAIS. Lo anterior, por cuanto estas situaciones y documentos son absolutamente necesarios para que Colpensiones pueda cumplir con la eventual condena.

2. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Admitido el recurso de apelación, por auto del 8 de septiembre de 2020, se corrió traslado a las partes, por el término de cinco (5) días, para que formularan los alegatos escritos en esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º, del artículo 15, del Decreto 806 de 2020, por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Por lo anterior, se entiende surtido dicho trámite procesal en segunda instancia.

De acuerdo con nota secretarial del 28 de septiembre de 2020, se recibieron escritos de alegatos en forma oportuna por la demandante y las apoderadas judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

En cambio, el escrito de alegatos presentado por el apoderado de PROTECCIÓN S.A., el 29 de septiembre de 2020, es extemporáneo.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Alegatos de conclusión de la parte demandante:

La apoderada judicial de la demandante, en su escrito de alegatos del 11 de septiembre de 2020, se ratifica en los hechos de la demanda.

3.2. Alegatos de conclusión de Porvenir S.A.

La apoderada judicial de Porvenir S.A., en ejercicio de su derecho a la defensa, reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación e insistió que el traslado se realizó con la suscripción de la solicitud de afiliación al fondo que administra su representada, lo que significa que la señora Esmeralda Amparo Gómez Jaramillo eligió de manera libre y voluntaria la administradora y el régimen pensional al que deseaba pertenecer, debiéndose revocar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral de Popayán y denegar las pretensiones de la demandante.

Por otra parte, cuestionó que se ordenara a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración y los rendimientos financieros, por lo que solicitó regular las prestaciones mutuas de los contratantes, de lo contrario se infringirá la ley por la inaplicación del artículo 1746 del Código Civil.

3.3. Alegatos de conclusión de Colpensiones:

La apoderada de Colpensiones en ejercicio del derecho de contradicción, reitera lo manifestado en la contestación de la demanda, en el sentido de que no es procedente declarar la nulidad o ineficacia del traslado efectuado por la actora,

teniendo en cuenta que en el expediente ninguna de las pruebas que acompañan la demanda, denotan vulneración del derecho de la demandante a escoger libremente el régimen que gobierna su prestación.

En cuanto a las sumas adicionales y de la indexación de los gastos de administración, trae a mención la sentencia SL1688 del 5 de agosto de 2019, mencionando que en caso de que se confirme la decisión, se debe modificar o adicionar el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, para incluir dentro de las sumas a trasladar *“las sumas adicionales de la aseguradora con todos los frutos e intereses así como se ordene la indexación de los gastos de administración”*, pues estos, conforme la actual jurisprudencia, hacen parte de los valores que la administradora debe devolver a la primera AFP como consecuencia de la ineficacia de la afiliación, al igual que los gastos de administración debidamente indexados.

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

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

De igual forma, se tramitará conjuntamente el grado jurisdiccional de consulta al ser desfavorable la sentencia a COLPENSIONES.

Los sujetos procesales tienen capacidad jurídica para actuar en este proceso y están representados por sus apoderados.

En relación con la legitimación en la causa por activa y

pasiva no hay objeción alguna, porque la acción la ejerce la presunta titular del derecho reclamado, en contra de la persona jurídica eventualmente obligada 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 insanables.

5. ASUNTOS POR RESOLVER

La Sala Laboral, procede a resolver los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS**, en sede de apelación y consulta:

5.1. En respuesta al recurso de apelación de parte de Porvenir S.A. y Colpensiones:

¿Procede la declaración de ineficacia del traslado de la afiliación de la demandante ESMERALDA AMPARO GÓMEZ JARAMILLO del RPM administrado hoy por Colpensiones, al RAIS administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., antes Horizonte?

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenar a Porvenir S.A., que además de las cotizaciones, también traslade a Colpensiones los gastos de administración y los rendimientos financieros que se hubieren generado?

5.2. En sede de consulta, se estudiará si la acción se encuentra prescrita.

En cuanto al rubro denominado “sumas adicionales” y la indexación de los gastos de administración, que pide Colpensiones le sean reconocidos en su escrito de alegatos, como se trata de aspectos que no fueron controvertidos por las AFP en los recursos de apelación, los cuales delimitan el tema de controversia ante este Tribunal, en virtud del principio de consonancia, no serán objeto de estudio en segunda instancia, pues, si bien los alegatos de conclusión son razonamientos vertidos por las partes en un juicio con la finalidad de persuadir al juzgador frente a la decisión que debe tomarse, sin embargo, no pueden servir para adicionar aquellos asuntos no alegados y fundamentados en el recurso de apelación.

6. RESPUESTA AL PRIMER TEMA SOBRE LA INEFICACIA DEL TRASLADO:

La Sala concluye, la AFP Protección S.A., como primera administradora del RAIS a la cual se afilió la demandante, incumplió con el deber legal del suministro de información a la señora Esmeralda Amparo Gómez Jaramillo, en forma clara y suficiente, en cuanto los efectos positivos y negativos que acarreaba el cambio de régimen pensional y, por lo tanto, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual - RAIS.

Ahora, como lo ha adoctrinado la CSJ-SL, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculada la accionante, en el RAIS, aun cuando no todas participaron en el acto de afiliación inicial.

Como consecuencia, **se debe CONFIRMAR la sentencia de primera instancia impugnada.**

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.”

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 1995:

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”.

6.5. 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 1995 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. (... ...)

6.6. Por medio del artículo 271 de la Ley 100/93, se dispone que:

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.

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

6.8. Sobre casos similares al que nos ocupa, y en particular sobre el deber de 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 y recientemente, la sentencia del 01 de julio de 2020 radicado n° 67972.

Se resalta la sentencia CSJ SL1452-2019, donde 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

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”. (Negrilla de la Sala).

6.9. 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 reciente del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019, cuando, 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 subregla viene siendo reiterada, y, recientemente, en sentencia del 01 de julio de 2020 radicado n° 67972, la CSJSL dejó claro que existe **ineficacia de la afiliación** cuando quiera que:

“i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”

En relación con las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, en esta última decisión se menciona sobre la importancia de la valoración de las condiciones de cada afiliado, la cual redundará en la satisfacción del derecho a la seguridad social.

6.10. Ahora, en casos como el presente, donde la accionante ha estado afiliada a varias administradoras del régimen de ahorro individual, la CSJ, en su Sala Laboral, abordando esa temática, por ejemplo, en sentencia del 29 de julio de 2020, SL2877-2020, radicación n° 78667, dijo lo siguiente:

“...los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.”

En palabras de la Corte, *“la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen”*. (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

7. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

7.1. Está probado con el formato denominado: *“solicitud de vinculación”*, con número 0278670, obrante a folio 48 del expediente digital de primera instancia remitido a esta Corporación, que la señora ESMERALDA AMPARO GÓMEZ JARAMILLO solicitó ante PROTECCIÓN S.A. el traslado de régimen pensional, **el día 26 de septiembre de 1995**, y, según ese formulario de afiliación, la accionante provenía de CAJANAL.

También se probó que la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLMENA, hoy PROTECCIÓN², el 29 de octubre de 1998, mediante solicitud de vinculación obrante a folio 137 ibidem y según el historial de vinculaciones a folio 175.

Luego, se trasladó a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, proveniente de COLMENA, el 1º de octubre de 1999, mediante solicitud de vinculación número 99-0155502, de conformidad con el formulario a folio 49 ibidem y tal como se extrae de la respuesta al derecho de petición a folio 26 del cuaderno digital de primera instancia; y, finalmente, el 01 de enero de 2014, la demandante pasó automáticamente a PORVENIR S.A., entidad que según certificado de existencia y representación legal a folios 54 a 67 ibidem, absorbe mediante fusión a Horizonte; es decir que, actualmente la demandante se encuentra vinculada a PORVENIR S.A.

Lo anterior, se acompasa con el historial de vinculaciones que registra la demandante y que obra en el expediente digital a folio 175.

7.2. Ahora, de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas en pensiones, del 30 de agosto de 2018, a folio 104 ibidem, no aparecen cotizaciones de la demandante al ISS hoy COLPENSIONES.

Lo anterior corrobora lo que señala la demandante en los hechos 1º y 2º de la demanda, en donde manifiesta que inicialmente estuvo afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL.

Al revisar esa afiliación, no hay prueba alguna que certifique con certeza y fuera de toda duda que la demandante estuvo afiliada a CAJANAL, pues, el certificado de ASOFONDOS -poco legible-, que obra a folios 175 a 177, no registra ese hecho;

² De acuerdo con respuesta emitida por PORVENIR S.A. a la demandante, a folio 26 del expediente digital, Colmena es hoy Protección S.A.

tampoco la historia laboral que de la demandante reposa en la AFP PORVENIR S.A. (folios 29 a 45 expediente digital de primera instancia).

No obstante, la accionante sí probó con el certificado laboral a folio 50, que se encuentra vinculada desde el 11 de julio de 1991, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al Hospital Susana López de Valencia, en el cargo de enfermera.

Lo anterior quiere decir que, de declararse la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual, cuya consecuencia práctica es que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, debe entenderse que la demandante nunca migró al régimen privado de pensiones y siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, por cuanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 4° del Decreto 692 de 1994 - Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993.-, **“los servidores públicos que al 1° de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.”**

Además, que, de acuerdo con lo estipulado en los artículos 52 de la Ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, la administración del régimen de prima media con prestación definida, por facultad de la ley, estaba en cabeza de las cajas de previsión que preexistían a la vigencia de la Ley 100 de 1993, entre ellas la Caja Nacional de Previsión Social.

A lo anterior se suma que, a folio 29 del expediente digital, aparece historial laboral de la señora ESMERALDA AMPARO GÓMEZ JARAMILLO en el régimen de prima media, entre los años 1980 – 1995, aun cuando no diga que tales aportes se hicieron a CAJANAL.

En últimas, hay hechos indicativos que permiten inferir con certeza, la demandante, antes de la ley 100 de 1994, estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

7.3. CONCLUSIONES:

Probado como está, que el traslado entre los dos regímenes pensionales (del RPM al RAIS) se produjo el 26 de septiembre de 1995, según se extrae del formato de solicitud de traslado y el historial de vinculaciones al RAIS por parte de la demandante, junto con los hechos aceptados al contestar la acción, la AFP PROTECCIÓN S.A., para esa data del año 1995, SI estaba obligada a entregar a la demandante toda la información favorable y desfavorable, así como los cálculos matemáticos y jurídicos, sobre el traslado del régimen de prima media al RAIS, de tal forma que no se viera comprometida la eficacia jurídica del acto o negocio jurídico del traslado por tal omisión, acorde con las normativas en cita y la doctrina reiterada de la CSJSL.

Con la conducta omisiva de PROTECCIÓN S.A., dio paso a que la afiliada no pudiera establecer que era lo mejor y lo más conveniente para el disfrute de una pensión digna para su vejez.

Ahora, del examen en conjunto de todos los medios de convicción aportados con la demanda y su contestación, esta Sala encuentra que, en el curso del proceso no demostró que antes de la firma del formulario del traslado, los asesores de la AFP PROTECCIÓN S.A. le hubiesen dado a conocer a la demandante en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, y con tal conducta procesal, cabe predicar que la demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable.

Esa decisión libre y voluntaria que debe acompañar al acto de afiliación o traslado de régimen pensional, no se prueba

tampoco con la información que proporcionó la demandante en su interrogatorio de parte, por el contrario, cuando se le pregunta a la señora Esmeralda Amparo Gómez Jaramillo sobre su traslado de régimen, la demandante asintió que los asesores del fondo privado les informaron de forma general a los empleados del Hospital Susana López sobre la conveniencia económica del traslado, pero, esa solicitud de traslado de régimen pensional, para esta Sala, no estuvo precedida de una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que la decisión acarrearía; siendo insuficiente el simple diligenciamiento de un formato o la adhesión a una cláusula genérica, sin haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, lo cual se echa de menos en el curso de este proceso.

Además, que, la sola manifestación preimpresa en el formulario de traslado no hace cumplir con el requisito legal del deber de información, pues claro está que la sola firma no constituye un pleno conocimiento ni una voluntad libre, pues es un deber legal y constitucional por parte de las AFP, que desde el momento de la posible afiliación se debe dar una información completa clara, comprensible y veraz sobre los Pro y los contras, de la afiliación de un régimen a otro.

En ese orden de ideas, la consecuencia jurídica de esta conducta procesal omisiva de la pasiva PROTECCIÓN S.A., debidamente probada, no es otra que 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 las recientes providencias reseñadas.

De otra parte, si bien la demandante efectuó varios traslados dentro del RAIS, los mismos no convalidan la decisión de cambio de régimen, ya que, la inscripción en ese esquema pensional es *una* sola, y, por tanto, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculada la accionante en el

RAIS, aun cuando, no todas participaron en el acto de afiliación inicial.

En consonancia con lo anterior, y, en respuesta a los alegatos de Colpensiones, la Sala advierte que la decisión que se controvierte no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados 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 (Ver, CSJSL, sentencia SL2877-2020).

Por otra parte, no se acoge el argumento de la apoderada de Colpensiones, de la improcedencia de cambio de régimen por cuanto la demandante ya tiene la edad para pensionarse, pues, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la figura de la **ineficacia**, que se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, y, en este asunto, como no se probó la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información, con la declaratoria de ineffectividad, y, la sentencia que en tal sentido se toma tiene efectos para retrotraer las cosas al estado en que se hallarían, si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz y tal situación jurídica no queda excluida por el hecho de que el afiliado tenga cumplidos los requisitos para pensionarse.

Conviene aclarar, si bien la vinculación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida se hizo a través de CAJANAL, todas las cotizaciones efectuadas por la promotora del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, tal como asentó el Juez de Primera Instancia, porque, de conformidad con el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, el

régimen solidario de prima media con prestación definida es administrado por dicha administradora de pensiones, y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009, que ordenó la liquidación de CAJANAL, se dispuso que; *“La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS.”*, de suerte que, por disposición del artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, que creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, se le otorgó el reconocimiento de derechos pensionales, pero, causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, que no es el caso de la demandante Esmeralda Amparo Gómez Jaramillo.

8. RESPUESTA AL SEGUNDO TEMA APELADO POR PORVENIR S.A. SOBRE LA OPOSICIÓN A LA ORDEN DEL TRASLADO A COLPENSIONES DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

La Sala no acoge los argumentos de la apelación de Porvenir S.A., dado que, con la declaratoria de ineficacia del acto de traslado entre los dos regímenes pensionales, las cosas retornan al estado anterior, como si tal negocio de traslado no se hubiera realizado y, por lo tanto, contrario a lo alegado por la apoderada de Porvenir, sí procede ordenar las restituciones, tanto del capital, como de los rendimientos obtenidos en favor de la afiliada, porque se trata de los frutos que por mandato legal, son de propiedad del afiliado.

Además, en punto a la petición para que se revoque la orden de la devolución de los gastos de administración, la Sala considera que no procede, acogiendo la línea jurisprudencial pacífica sobre el tema, expuesta por la CSJ-SL, con valor de doctrina probable, por su reiteración.

Es decir, el juez acertó en cuanto ordenó que Porvenir debe retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de aportes, rendimientos financieros y gastos de administración que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

8.1. De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones o aportes para pensiones y sus respectivos rendimientos financieros.

8.2. A su turno, según el literal a) del artículo 60 de la misma ley, el reconocimiento y pago de las prestaciones que contempla el RAIS, dependerá del capital que se obtenga de la sumatoria de los aportes de los afiliados y empleadores, más los **rendimientos financieros** obtenidos, que conforman la cuenta individual del afiliado, manejada por la Administradora, como lo dispone el literal b) de la misma normativa, pero bajo la naturaleza jurídica de un patrimonio autónomo del afiliado, como lo define el literal d) del mencionado artículo 60.

8.3. Conforme con estos parámetros legales, existe suficiente claridad, al ser los rendimientos o utilidades producto de la inversión de un capital que pertenece al afiliado, éste es el beneficiario de los mismos y por eso, cuando se ordena la devolución del capital existente en la cuenta individual, se entienda incluidos los rendimientos financieros, pues el dueño de lo principal, también lo será de lo accesorio, tal cual está previsto en el literal a) del citado artículo 60.

8.4. En relación con la queja de la apoderada de Porvenir, por la orden de devolución de las sumas cobradas por la administración de la cuenta individual, no tiene vocación de

prosperidad, por vía de la aplicación de la doctrina probable emanada de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiterada en reciente 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)”

En consecuencia, la orden emitida por el Juzgador de Primera Instancia, en el ordinal primero de la sentencia impugnada, se encuentra conforme a derecho, sin que tengan vocación de prosperidad los argumentos expuestos por la parte recurrente – Porvenir S.A.-

Para finalizar, en la misma línea de pensamiento, esta Sala Laboral estima necesario ejercer las facultades constitucionales y legales para garantizar a la actora su derecho fundamental a la seguridad social en pensiones, por la omisión del Juez de Instancia de ordenar a Colpensiones que reciba los aportes y demás bienes ordenados en la parte final del ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia apelada, con el fin de evitar a futuro alguna conducta renuente de parte de la demandada Colpensiones, de recibir tales bienes.

En consecuencia, se ordena adicionar el ordinal primero de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de ordenar a Colpensiones que reciba todos los bienes ordenados en la parte final de ese ordinal.

9. RESPUESTA AL TEMA DE LA PRESCRIPCIÓN, EN SEDE DE CONSULTA:

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verifica si procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha del traslado y la presentación de la demanda, transcurrió más de tres años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción de nulidad, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 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, de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

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, 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.

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, la más reciente del 01 de julio de 2020, Radicación n.º 67972, de la CSJSL.

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia anotada, no procede declarar probada la excepción de prescripción alegada por los fondos privados accionados 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.

10.- COSTAS

En aplicación del numeral 1° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, procede la condena en costas en esta instancia, a cargo de las entidades apelantes – PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES, por cuanto no tuvieron prosperidad sus recursos 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.

11. 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 PRIMERO de la Sentencia Nro. 017 proferida en primera instancia el dieciséis (16) de junio del año dos mil veinte (2020), por el Juzgado Primero Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** promovido por la señora **ESMERALDA AMPARO GÓMEZ JARAMILLO** contra los fondos privados de pensiones **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir de manos de **PORVENIR S.A.** los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En lo demás, se CONFIRMA la sentencia de primera instancia, dentro del presente asunto ordinario laboral.

TERCERO: SE CONDENA EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, a favor de la demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

CUARTO: Oportunamente, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado laboral de origen, previo registro de su salida definitiva.

QUINTO: La presente sentencia queda notificada a las partes por **ESTADO electrónico** y con la remisión de la copia de la presente providencia a los correos electrónicos de los apoderados de las partes.

Los Magistrados:



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTES

Firma digitalizada válida para
actos judiciales y administrativos



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA