

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



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

**Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS**

Popayán, quince (15) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	GLORIA INÉS PRADO OTERO
DEMANDADO(s)	1. COLPENSIONES E.I.C.E. 2. AFP PORVENIR S.A.
RADICADO No.	19-001-31-05-003-2018-00220-01
JUZGADO DE ORIGEN	JUZGADO 3° LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN
INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA Y CONSULTA
TEMA	TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL > INEFICACIA del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad > EFECTOS.
DECISIÓN	Se adiciona y confirma la sentencia de primera instancia.

ASUNTO A TRATAR:

Agotadas las etapas procesales y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, la SALA LABORAL DEL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, integrada por los Magistrados FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA y CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA, junto con el Magistrado Ponente, doctor LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS, procede a resolver los RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por las apoderadas judiciales de la Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías PORVENIR S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES quienes integran la parte demandada, y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de Colpensiones, contra la Sentencia Nro. 024 del 28 de agosto de 2020, proferida en audiencia de oralidad de trámite y juzgamiento por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, CAUCA, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL de la referencia.

Se deja constancia, esta sentencia se emite de forma escrita, en el marco de la emergencia decretada a causa de la pandemia por COVID-19, en todo el territorio nacional y, en cumplimiento a las medidas adoptadas por el presidente de la República en el Decreto 806 de 2020.

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

1. ANTECEDENTES

1.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Mediante el presente proceso ORDINARIO LABORAL, pretende la demandante: **(i) Se declare la nulidad de su traslado, de la AFP COLPENSIONES al RAIS** administrado por el fondo de pensiones PORVENIR S.A. y, como consecuencia, **(ii) se condene al fondo de pensiones PORVENIR S.A. a devolver a**

Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales, con los rendimientos que se hubieran causado. **(iii)** Se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas y se le reconozca cualquier derecho que resulte debatido y probado durante el trámite judicial conforme las facultades ultra y extra petita (folios 34 a 43, del expediente digital de primera instancia).

Como fundamentos fácticos, la actora expone que, nació el 2 de enero de 1964 y durante su vida laboral realizó cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones, inicialmente al ISS, por un total de 574 semanas, y luego se trasladó al RAIS, a través del fondo de pensiones Porvenir S.A. desde el mes de abril de 2009, hasta la actualidad.

Dice que, agotó ante ambas accionadas la reclamación administrativa para que se anulara el traslado de régimen, por haberse violado las normas y disposiciones que disponen en dichos fondos, la responsabilidad de carácter profesional para con los afiliados, del deber de informar en la etapa previa a la afiliación los pro y contra de las condiciones del traslado, pero, el 2 de abril de 2018 Colpensiones se negó a acceder a lo petitionado, mientras Porvenir S.A. guardó silencio, esto es, no se manifestó al respecto.

1.2. Contestación de Colpensiones (folios 69 a 75, expediente digital).

COLPENSIONES contestó la demanda a través de su apoderada judicial, aceptando el traslado de la demandante al RAIS en el año 2009, con aportes previos al ISS; pero, **se opuso a todas las pretensiones**, por cuanto considera que la acción está prescrita y, en todo caso, la parte actora no demostró que para efectuar el traslado al RAIS su consentimiento hubiere sido

viciado por error. Además, a la demandante le faltan menos de diez años para pensionarse.

Propuso como 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 PORVENIR S.A. (folios 97 a 115, del expediente digital).

El Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. contestó la demanda a través de su apoderada 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 vinculación de la señora Gloria Inés Otero Prado es un acto válido, en la medida en que fue realizado por la demandante de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión.

En el evento de declararse la nulidad del traslado, considera improcedente la devolución del valor del “bono pensional” y de las “sumas adicionales”.

Excepciones de mérito: “Prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación”, “falta de causa para pedir”, “buena fe”, “genérica”, “inexistencia de la obligación”, “asesoría pensional de la administradora” y “PORVENIR no puede ser compelido al reconocimiento de mermas o deterioro del bien administrado”.

1.4. Decisión de primera instancia:

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar sentencia número 024, en la cual **resolvió: Declarar la ineficacia de la afiliación en pensiones de la demandante a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A.**, suscrita el 11 de febrero de 2009.

Como consecuencia de lo anterior, declaró que, para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; por lo cual, **condenó a la demandada Porvenir S.A.** a efectuar el pago o traslado a la administradora del régimen de prima media con prestación definida COLPENSIONES, del total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a COLPENSIONES, junto con bonos pensionales que hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido.

Finalmente, **ordenó a COLPENSIONES recibir los valores trasladados** correspondientes a la demandante, declaró **no probadas las excepciones de fondo** propuestas por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., y condenó en costas a esta última entidad.

TESIS DEL JUEZ: Considera disponer la ineficacia de la afiliación al RAIS, en casos como el presente, donde el fondo de pensiones accionado omitió el deber de proporcionar información relevante al momento del traslado, de conformidad lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y acogiendo el precedente de la CSJ-SL.

Tal decisión se funda en que las entidades administradoras de fondos de pensiones están obligadas a entregar información favorable y desfavorable sobre las condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. Y, que, como lo ha decantado la alta Corporación, la firma de un formulario pre-impreso no es prueba idónea del cumplimiento de dicha obligación del fondo y, en el caso presente, para la fecha en que la demandante suscribió el formulario de traslado al régimen de ahorro individual, la administradora Horizonte S.A., hoy en día Porvenir S.A. estaba obligada a entregar a la actora previamente una información clara y precisa de los aspectos favorables o desfavorables de la decisión a tomar para que la misma tuviera la condición de ser libre y voluntaria, como lo ordena el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y, al negar la promotora del proceso que dicha información le fue suministrada, se invierte la carga de la prueba y corresponde al fondo de pensiones demandado demostrar que si se cumplió con dicha obligación legal, y como tal hecho no se logró probar en este caso, se genera la consecuencia jurídica plasmada en el artículo 271 de la citada ley, en el sentido de quedar sin efecto la afiliación de la demandante a la AFP Porvenir, que fuera suscrita el 11 de febrero de 2009, y por lo tanto, se ordena a Porvenir efectuar el pago o traslado a la administradora del régimen de prima media, hoy COLPENSIONES, del total de capital y los rendimientos financieros obtenidos, junto con los bonos que se hubieren expedido en favor de la actora.

Por tal razón, considera no proceden las excepciones de mérito propuestas por la pasiva, incluida la de prescripción.

1.5. Recurso de apelación de PORVENIR S.A.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada judicial de Porvenir S.A. presenta recurso de apelación manifestando su oposición frente al hecho de que Porvenir no

demonstró dentro de este proceso haber brindado información veraz y suficiente a la señora Gloria Inés Prado Otero respecto de las incidencias de tomar la decisión de trasladarse de régimen.

Sobre el tema, expuso que, conforme el artículo 13 de la ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes pensionales previstos por la ley, esto es, el de prima media con prestación definida o el de ahorro individual con solidaridad, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien manifiesta su elección al momento de su vinculación o traslado, y, en el presente asunto, el traslado se realizó con la suscripción de la solicitud de afiliación al Fondo Horizonte el 11 de febrero de 2009.

Que, adicional a lo anterior, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 estipula que 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. De manera que, la señora Gloria Inés Prado Otero eligió de manera libre y voluntaria la administradora y el régimen pensional al que deseaba permanecer, procediendo al diligenciamiento del formulario de afiliación respectivo, el cual contiene los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo que no hay una argumentación válida para considerar que no existe prueba veraz y suficiente con la cual Horizonte, hoy Porvenir, acreditó haber informado a la afiliada sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional derivando en una ineficacia del acto o traslado.

Con base en lo anterior, no comparte la inversión de la carga de la prueba y considera que era a la parte demandante a quién le correspondía acreditar que la actuación de la AFP Horizonte no estuvo ajustado a tal parámetro legal, máxime cuando la jurisprudencia ha reiterado que la existencia de vicios en el consentimiento no se presume.

En todo caso, para Porvenir S.A., el efecto de la declaratoria de ineficacia es restituir las cosas a su estado anterior, es decir, como si nunca hubiere existido la vinculación al RAIS. En virtud de ello, consideró que **no sería viable el traslado de los rendimientos financieros**, porque, si nunca existió la cuenta pensional en Porvenir pues no pueden existir unos rendimientos financieros, que, además, son propios del RAIS. Lo anterior, a efectos de regular las prestaciones mutuas de las contratantes (Art.1746 del CC).

1.6. Recurso de apelación de COLPENSIONES:

La apoderada judicial de Colpensiones presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, en los siguientes aspectos:

El primero, por cuanto se opone a la declaratoria de ineficacia, tras considerar que, en este asunto no se encuentra debidamente probado que en efecto existió indebida asesoría por parte de la AFP al momento de realizar el traslado, máxime que el deber de asesoría surgió solamente con el literal B del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, la cual no se encontraba vigente al momento de efectuarse el traslado de la demandante, pues está se dio en el año 2009, en el mes de febrero, efectiva a partir de abril de 2009, y, la vigencia de dicha normatividad inició el 01 de julio del 2010, según lo dispuso el artículo 101 del mismo texto legal.

Así las cosas, no es razonable, ni jurídicamente válido, imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información que no debía asumir; obviando el Juez que los afiliados al sistema general de pensiones tienen obligaciones y deberes contenidos, por ejemplo, en el Decreto 2241 de 2010, que establece el régimen de protección al consumidor financiero, por lo que es inaceptable la desidia de la parte demandante que a

última hora y encontrándose a portas de pensionarse decide a última hora qué régimen es el que más le conviene. Tampoco puede predicarse falta de asesoría por indebida información alegando la ignorancia de la ley porque esta se presupone conocida por todos por todos; más aún cuando al momento del traslado ella era profesional.

Adicionalmente sostuvo la apoderada de Colpensiones que, esta AFP es un tercero de buena fe que no participó en el acto jurídico de traslado y el hecho que retorne la actora al régimen, que a última hora mejor resulta a sus intereses, además transgrede el principio constitucional del artículo 48 de la Carta Política, al imponer una carga económica a dicha administradora.

Como segundo punto de inconformidad, en el evento en que se confirme la decisión de primera instancia, solicita se modifique o se adicione la sentencia respecto de los valores que Porvenir debe trasladar a Colpensiones, **los gastos de administración**, teniendo en cuenta que el Despacho no ordenó dentro los valores a trasladar a Colpensiones dicho rublo y deben trasladarse como consecuencia de la ineficacia de la filiación dada la conducta indebida de dicha administradora al momento de efectuar el traslado del afiliado, y, conforme la actual jurisprudencia.

El tercer aspecto, por cuanto no sé ordenó que la suma de los rendimientos y los aportes trasladados a Colpensiones fueran debidamente indexados. a efectos de que no haya un detrimento de nuestra administradora.

Por último, indicó que, debe tenerse en cuenta que la demandante desde el 2 de octubre del 2015 ya sabía o ya había manifestado su intención de trasladarse de régimen sin haber presentado la acción legal correspondiente, por tal razón, **la acción se encuentra prescrita.**

2. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Admitido el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, por auto del 05 de octubre 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 1°, del artículo 15, del Decreto 806 de 2020.

De acuerdo con nota Secretarial del 28 de octubre de 2020, y, revisado el expediente digital enviado por la Secretaría de la Sala Laboral, se recibieron alegatos de ambas partes; sin embargo, como quiera que el auto que corrió traslado para alegatos se notificó por estado electrónico el 07 de octubre de 2020, los días para alegar de conclusión para la parte apelante corrieron entre los días hábiles 8, 9, 13, 14 y 15 de octubre, y Porvenir S.A. allegó su escrito de alegatos el 19 de octubre de 2020, esto es, por fuera del término, razón por la cual dichos alegatos no serán tenidos en cuenta.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

3.1. Alegatos de conclusión de la parte demandante:

La apoderada de la parte demandante reitera que la AFP incumplió el deber de información sobre el acto jurídico de traslado y, por consiguiente, hizo bien el juzgador de instancia en declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, determinación que implicó privar de todo efecto práctico el traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella siempre estuvo afiliada al RPM, por lo que solicita se confirme la sentencia de alzada y se condene en costas de segunda instancia a Porvenir S.A. y Colpensiones.

3.2. Alegatos de conclusión de Colpensiones:

La apoderada de la pasiva Colpensiones, en ejercicio de su derecho a la defensa, dijo que, el Juez de Primera Instancia fundamentó su decisión en la falta de asesoría por parte del fondo, la cual adujo, debió brindarse por parte de la AFP al momento de la afiliación (año 2009), sin tener en cuenta que para época no les era exigibles a los fondos privados documentar las asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de afiliación, es decir, el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado. Por dicho motivo, solicita se analice detalladamente este tipo de procesos, pues evidentemente la tesis de la Corte Suprema de Justicia ha tornado ilimitadamente en el tiempo la posibilidad de retornar al régimen que a última hora mejor resulte a los intereses del afiliados, lo cual trasgrede el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la C.P., pues, termina concediéndoles beneficios a estos afiliados que nunca participaron del mismo y le impone a COLPENSIONES la carga económica de aceptar a estas personas a portas de adquirir el derecho prestacional, sin tener en cuenta que si eventualmente existió una falta de asesoría u omisión en la información para el traslado por parte de la AFP, es éste fondo quien debe asumir patrimonialmente las consecuencias de tales omisiones y no COLPENSIONES, quien es un tercero de buena fe.

En el evento en que se confirme la decisión del a quo, solicitó de manera respetuosa se modifique y/o adicione el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. que incluya dentro de los valores y sumas a trasladar a COLPENSIONES, lo atinente a las sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y los gastos de administración, estos últimos debidamente indexados.

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

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

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 insanables.

5. ASUNTOS POR RESOLVER

Del estudio de los recursos de apelación propuestos por ambas entidades accionadas y para resolver la CONSULTA en favor de COLPENSIONES, la Sala formula los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS:**

5.1. En respuesta a ambos recursos de apelación, se estudiará:

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

Como problema jurídico asociado:

¿Es improcedente la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, al poner en riesgo la sostenibilidad financiera de Colpensiones?

5.2. De ser procedente la declaración de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, en respuesta a los argumentos expuestos en el RECURSO DE APELACIÓN de PORVENIR S.A.

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico ordenar a Porvenir S.A., que además de las cotizaciones que se hallen en la cuenta de ahorro individual de la señora Gloria Inés Prado Otero, también traslade a Colpensiones los rendimientos financieros?

5.3. En respuesta a los argumentos expuestos en el RECURSO DE APELACIÓN de COLPENSIONES y en razón al GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA, se resuelve también si procede ordenar la devolución de los rubros denominados “sumas adicionales” y los “gastos de administración”, y, si tales valores a devolver del RAIS al RPM todos deben ser indexados.

5.4. Finalmente, si la acción se encuentra prescrita, tal como lo sostiene Colpensiones.

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

La Sala concluye, se incumplió con el deber legal del suministro de información a la demandante, en forma clara y suficiente, en cuanto los efectos positivos y negativos que acarrea 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, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobijan a Porvenir S.A., aun cuando no participó en el acto de afiliación inicial, por haber absorbido mediante fusión a la sociedad AFP HORIZONTE, lo que significa que PORVENIR S.A. asumió la responsabilidad que acarrea la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual RAIS.

Como consecuencia, se debe CONFIRMAR la sentencia de primera instancia respecto de este primer problema jurídico.

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

“ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

(... ...)

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

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 2009:

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 2009, 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 ibidem, 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.

De ese criterio jurisprudencial, 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”.

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 la CSJ-SL, 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.

En ese sentido, se advirtió por la CSJSL:

“la escogencia de un régimen pensional, que va a significar, en últimas, la satisfacción de un derecho pensional, que tiene dimensión en la seguridad social, amerita un escrutinio riguroso sobre las condiciones de cada afiliado, y también respecto del cumplimiento de las actividades de las entidades encargadas de la administración del sistema, a las cuales si bien se les reconoce participación y lucro en este tipo de componentes sociales, por lo mismo están sujetas, con mayor intensidad, a verificar el cumplimiento de su labor, pues por su ejercicio eventualmente pueden lesionar garantías ya consolidadas, como en el caso del actor, y sobre las cuales la Ley 100 de 1993 y el alcance que a la misma le ha dado la jurisprudencia, imponen aplicar sus consecuencias.”

6.10. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

Precisado lo anterior, le corresponde a la Sala determinar si, de conformidad con las pruebas denunciadas, el juez se equivocó al concluir que el acto de traslado de régimen pensional de la demandante es ineficaz:

6.10.1. Está probado con el formato denominado: *“solicitud de vinculación o traslado”*, con número 0007150672, obrante a folio 91 del expediente digital de primera instancia remitido a esta Corporación Judicial, que la señora GLORIA INÉS PRADO OTERO solicitó ante el Fondo de Pensiones Horizonte el traslado

de régimen pensional, el día 11 de febrero de 2009, efectiva a partir del 01/04/2009.

Lo anterior se acompasa con la historia laboral consolidada de la demandante en Porvenir S.A., en donde además se hace una relación histórica de movimientos respecto de las semanas cotizadas a pensión tanto en el RPM (ISS, hoy COLPENSIONES) como en el RAIS, visible a folios 5 a 16 del expediente digital; e igualmente, la anterior información coincide con lo que se registra en el certificado de vinculaciones de ASOFONDOS a folio 92 ibidem.

6.10.2. Finalmente, en la audiencia de juzgamiento de primera instancia, se recibió INTERROGATORIO DE PARTE a la demandante, quien, al preguntársele sobre las circunstancias que rodearon el traslado de régimen pensional, expone:

“... cuando entré a TELECOM, todos hicimos la afiliación al Seguro Social en ese tiempo (...) luego cuando ya liquidaron a TELECOM se cambió de empresa y cuando ya se cambió de empresa iniciamos nuestras labores y donde yo estaba laborando llegó un funcionario a hacerme firmar un documento por cambio de contrato, pero en ningún momento pensé yo que era pensión, como decía Horizonte en ese tiempo pensé que eran las cesantías”.

Niega la demandante que el Fondo de Pensiones Horizonte a través de su representante le hubiera brindado alguna asesoría de lo que iba a firmar.

CONCLUSIONES:

Probado como está, que el traslado entre los dos regímenes pensionales (del RPM al RAIS) se produjo el 11 de febrero de 2009, según se extrae de la historia laboral en pensiones de la

demandante y el certificado de ASOFONDOS, junto con los hechos aceptados al contestar la acción, la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., para esa data del año 2009, 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 del FONDO DE PENSIONES HORIZONTE, 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 curso del proceso no demostró que antes de la firma del formulario del traslado, los asesores de la AFP HORIZONTE 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.

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 entidades, 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 HORIZONTE, hoy PORVENIR 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 sus recientes providencias.

Debe aclararse, si bien la demandante efectuó su traslado dentro del RAIS a la AFP HORIZONTE, como la inscripción en ese esquema pensional es una sola, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija hoy a PORVENIR S.A. como entidad a la cual está vinculada la accionante en el RAIS, aun cuando no participó en el acto de afiliación inicial, pues, según certificado de existencia y representación legal de esta última entidad, a folios 25 a 33 del expediente digital, PORVENIR absorbe mediante fusión a la sociedad HORIZONTE, por lo tanto, es la accionada quien debe asumir los efectos de la declaratoria de ineficacia de ese negocio jurídico.

Finalmente, en respuesta a los alegatos de la AFP 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 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).

En consecuencia, procede confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

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

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(la) afiliado(a).

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 entiende 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. Respecto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, la CSJ-SL, en sentencia del 14 de agosto de 2019, Radicación n.º 76284, la CSJSL recordó:

*"... la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. ...pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, 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)."*

8.5. Inclusive, atendiendo los efectos de la ineficacia declarada, por la orden de devolución de BONOS PENSIONALES, la Sala considera es procedente, por vía de la aplicación del criterio de la CSJ-SL, con valor de doctrina probable, reiterado en providencia del 5 de noviembre de 2019, radicación n° 66406:

*"...ante la omisión del fondo de pensiones de suministrar la información adecuada y sus implicaciones al momento del traslado de régimen, se produce la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, ... y, en consecuencia, el fondo de pensiones de igual forma, BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S. A. (hoy PORVENIR), deberá devolver los aportes por pensión, depositados en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros, **el bono pensional que tuviese** y los gastos de administración a COLPENSIONES."*

Igual criterio lo ha tenido la alta Corporación, en oportunidades anteriores, por ejemplo, en las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, rememoradas en la sentencia del 15 de octubre de 2019, Rad. n° 62297.

En consecuencia, la orden emitida por el Juzgador de Primera Instancia, en el ordinal tercero 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.-, en cuanto a su oposición por la devolución de rendimientos financieros.

9. EN SEDE DE APELACIÓN, SE RESUELVE SOBRE LOS RUBROS DENOMINADOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA, RESPECTO DE LOS CUALES COLPENSIONES SOLICITA LA DEVOLUCIÓN INDEXADA:

Para la Sala, resulta procedente la devolución del rubro denominado “*gastos de administración*”, a favor de COLPENSIONES, como consecuencia de la declaración de ineficacia de la afiliación al RAIS, por cuanto tal omisión del Juez de Primera Instancia, le causa detrimento en sus finanzas.

Pero, no procede la condena a la devolución de los gastos adicionales de la aseguradora, atendiendo la línea de esta Sala, en casos similares.

Tampoco procede indexar las sumas que se ordenan devolver.

Las razones son las siguientes:

9.1. En punto a la devolución de las sumas cobradas por la administración de la cuenta individual, resulta procedente, 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)”.

En este caso, al examinar las órdenes emitidas en el fallo apelado y consultado, se pudo advertir que el Juez de Instancia no condenó a la devolución de gastos de administración por parte de Porvenir S.A., por lo que, procede adicionar en este aspecto el fallo, como se pide por la AFP COLPENSIONES en su recurso de alzada, como quiera que, acogiendo el criterio de la CSJ-SL, los gastos de administración forman parte del capital que debe ser trasladado por la AFP PORVENIR S.A., con el cual se va a financiar la pensión de la actora.

En el evento de no trasladarse la totalidad del capital de la cuenta individual se produce un detrimento o desmejora a la AFP COLPENSIONES porque ingresa al fondo común una suma inferior a los aportes que hubiera recibido, de no haberse producido el traslado, que, al declararse ineficaz, trae consigo el retorno de la totalidad de las cotizaciones, incluidos los gastos de administración que se descontaron de esos aportes.

9.2. En cuanto al rubro denominado “SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA” que pide COLPENSIONES sea

traslado por PORVENIR S.A., cabe advertir primeramente que, de acuerdo con el artículo 108 de la Ley 100 de 1993, las AFP deberán contratar seguros previsionales «colectivos y de participación» para financiar el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

Tal mandato normativo, de acuerdo a la CSJ-SL², *“tiene la finalidad de garantizar un derecho constitucional, a través de un mecanismo especial, esto es la de contar con el capital necesario en la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado y, frente a la eventualidad de que lo que esté en ella acumulado, resulte insuficiente para completar el monto de la pensión respectiva, caso en el cual le corresponderá acudir a la aseguradora en «la suma adicional que se necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión».*

Por lo tanto, resulta obligatoria la contratación de ese tipo de seguros en el sistema de ahorro individual.

Tratándose de los eventos de ineficacia de afiliación al RAIS, en relación a los valores a devolver por los fondos privados de pensiones a Colpensiones, la Sala de Casación Laboral de la CSJ adoctrinó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”* (CSJ-SL, sentencia del 28 de septiembre de 2020, SL3901-2020, Radicación n° 82353) – Negrilla de la Sala.

No obstante, lo anterior, y siendo respetuosos con el criterio de la CSJ-SL, considera este Tribunal Superior, en virtud de la

² Ver, CSJ, Sala de Casación Laboral, auto del 14 de febrero de 2018, L929-2018, Radicación n.° 47992.

facultad contemplada en el inciso 2° del artículo 7° del CGP, aplicable a esta materia, que el rubro denominado sumas adicionales solo tiene vigencia y operatividad en el evento en que se cumplan los requisitos contemplados para la causación y disfrute de las pensiones de invalidez y/o sobrevivientes; siempre que el capital y rendimientos existentes en la cuenta de ahorro individual del afiliado no alcancen para sufragar este tipo de pensiones. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993 que prevén que las pensiones de invalidez y sobrevivientes se financiarán con la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, el bono pensional, si a este hubiere lugar, y la “suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión”.

Así las cosas, esta mesada adicional se encuentra a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes.

Bajo ese entendido, acogiendo lo dispuesto en la normatividad transcrita, para este Tribunal Superior, si bien con la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS procede la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del actor, de manera plena y con efectos retroactivos, en este caso, no se deben incluir dentro de esa devolución “*las sumas adicionales de la aseguradora*”, porque, en este caso, no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, por lo que no era dable incluir dentro de los conceptos que debe devolver la AFP a Colpensiones el rubro: “sumas adicionales de la aseguradora”.

En consecuencia, la orden emitida por el Juzgador de Primera Instancia, en el ordinal tercero de la sentencia apelada y consultada, sólo se debe adicionar, para incluir la devolución de los gastos de administración, no así las sumas adicionales de la aseguradora.

10. SOBRE LA INDEXACIÓN DE LOS VALORES A DEVOLVER A COLPENSIONES:

En lo que atañe a la solicitud de indexación de los gastos de administración, Colpensiones trae a mención una providencia de la CSJ-SL, del 8 de mayo de 2019, SL-1688-2019, radicado nro. 68838, en donde se ordena a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados, como una consecuencia práctica de la declaratoria de ineficacia y por el periodo en que la actora permaneció afiliada a esa administradora.

Sin embargo, se olvida que el Juez de Instancia ordenó trasladar los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual, junto con sus rendimientos financieros, los cuales, para esta Corporación, representan un beneficio o ingreso adicional a título de ganancia para Colpensiones, que podría cubrir la devaluación de la moneda y en términos de justicia y equidad ambos estarían persiguiendo un mismo fin. Y si lo que procede es la condena a indexar los valores, no podrá entonces, de manera concurrente o simultánea condenarse al pago de rendimientos financieros.

11. RESPUESTA AL TEMA DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN, ALEGADO EN EL RECURSO DE APELACIÓN POR COLPENSIONES

La Sala confirma la negativa de la declaración de la excepción de prescripción, efectuada en la sentencia impugnada, como quiera, 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 por la CSJ-SL, por ejemplo, la sentencia del 03 de julio de 2019, SL2422-2019.

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia anotada, no procede declarar probada la excepción de prescripción alegada por Porvenir S.A. 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 qué régimen pensional se encuentra afiliado.

12.- COSTAS

Conforme al 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 parte 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.

No habrá condena en costas para Colpensiones, por resultar parcialmente favorable su apelación, en cuanto a la inclusión de los gastos de administración.

13.- DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal TERCERO de la Sentencia Nro. 024 del veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020), proferida en primera instancia por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, CAUCA, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por la señora GLORIA INÉS PRADO OTERO contra PORVENIR S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, en el sentido de **ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A.** traslade también a COLPENSIONES todas las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual del demandante, **por concepto de “gastos de administración”**, sin incluir los valores por concepto de “sumas adicionales de la aseguradora”. **SE CONFIRMA EN LO DEMÁS** la sentencia de primera instancia, por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SE CONDENA EN COSTAS de segunda instancia a Porvenir S.A. 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: Por Secretaría de la Sala Laboral, **NOTIFÍQUESE POR ESTADO ELECTRÓNICO** esta providencia a las partes y sus apoderados, con inserción de la providencia, de conformidad con los lineamientos establecidos en el Decreto 806 de 2020.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTES

Firma digitalizada válida para
actos judiciales y administrativos



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

Popayán-Cauca



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA