

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



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

**Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS**

Popayán, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno
(2021)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ANDRÉS JOSÉ CASTRILLÓN VALENCIA
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES 2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICADO N°	19-001-31-05-003-2019-00236-01.
INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA Y CONSULTA.
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS - PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	SE ADICIONA EL ORDINAL TERCERO PARA ORDENAR A PORVENIR LA DEVOLUCIÓN DE (I) LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN INDEXADOS, (II) LAS COTIZACIONES OBLIGATORIAS QUE RECIBIÓ DEL DEMANDANTE, CON DESTINO A LA GARANTÍA DE LA PENSIÓN MÍNIMA Y (III) LAS PRIMAS DE LOS SEGUROS PREVISIONALES. EN LO RESTANTE SE CONFIRMA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

1. 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 los apoderados judiciales de la parte demandada y el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de COLPENSIONES, frente a la Sentencia proferida en primera instancia el cuatro (04) de mayo de dos mil veintiuno (2021), por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, Cauca, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda (Archivo No. 145, página 50/145 expediente digital de 1ra instancia).

Pretende la demandante: **(i)** Que se declare la ineficacia del traslado efectuado por el señor Andrés José Castrillón Valencia del régimen de Prima Media con Prestación Definida, Administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado PORVENIR S.A., al haberse configurado un vicio en el consentimiento por error por falta de información y doble asesoría; **(ii)** que se declare que Porvenir debe asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital del demandante para la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración; **(iii)** Que se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual por conceptos de cotizaciones,

sumas adicionales de la aseguradora, todos los frutos e intereses con los debidos rendimientos que se hubieren causado a favor de la demandante; **(iv)** Que se ordene a Colpensiones a recibir la totalidad de lo ahorrado por el demandante de su cuenta individual de pensión, junto con sus rendimiento; **(v)** se condene en costas y agencias en derecho como consecuencia del trámite del presente proceso.

Como ***fundamentos fácticos***, señala que el actor actualmente tiene 61 años de edad. Que desde el año 1977 inicio su labor como cotizante al sistema pensional, afiliándose al extinto ISS.

Que para el año 2001, cuando se vinculó con la Universidad del Cauca, firmó formulario de afiliación a Horizontes, hoy Porvenir, sin recibir asesoría de las implicaciones del cambio de fondo de pensiones, ni de las ventajas y desventajas de uno y otro sistema, para elegir el que más le convenía; que Horizontes hoy Porvenir incumplió la obligación de la debida asesoría; por lo tanto, la decisión no fue libre y voluntaria; que la pensión que podría reconocer Porvenir no llega al 20% de su salario y factores salariales los cuales ha cotizado en toda su vida laboral.

Señaló que elevó solicitud de traslado de régimen tanto a Colpensiones como a Porvenir, pero que estas entidades negaron el traslado al no cumplir con los requisitos de ley.

2.2. Contestación de PORVENIR S.A.

El Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., en ejercicio de su derecho a la defensa, contestó la demanda a través de su apoderada judicial, **se opuso a todas las pretensiones**, aceptó y negó algunos hechos, dijo no costarle otros y alega que la solicitud de nulidad de traslado es improcedente porque no está viciada con el consentimiento libre y voluntario dado por el

actor al momento de la afiliación a la AFP y al cumplirse con todos los requisitos legales para la validez de la selección del fondo, con la firma del formulario.

Las excepciones de mérito que formuló fueron: “Prescripción”, “falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación demandada”, “buena fe”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la obligación”, “prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo”, “innominada o genérica”, “inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones” y “debida asesoría del fondo”. (archivo Nro. 145, página 116/145 expediente digital de 1ra instancia).

2.3. Contestación de COLPENSIONES

Colpensiones, a través de su apoderado judicial, haciendo uso del derecho a la defensa, aceptó el hecho referente a la afiliación de la demandante al régimen de prima con prestación definida y dice no constarle los demás; se opone a las pretensiones de la demanda y formuló las siguientes excepciones de fondo o perentorias: “inexistencia de la obligación”, “cobro de lo no debido”, y “prescripción”. (archivo Nro. 145 pagina 92/145, expediente digital de 1ra instancia).

2.4. Decisión de primera instancia

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día cuatro (04) de mayo de dos mil veintiuno (2021), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar sentencia dentro del presente asunto, en la cual: **Declaró** la ineficacia de la afiliación en pensiones del demandante Andrés José Castrillón Valencia,

a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., suscrita el 26 de julio de 2001; **declaró** que para todos los efectos legales, el afiliado demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **Condenó** a la demandada AFP Porvenir S.A. a efectuar el pago o traslado a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, como administradora del Régimen de Prima Media, del total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del demandante Andrés José Castrillón Valencia, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a la administradora COLPENSIONES, junto con los bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido y las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual del demandante por concepto de gastos de administración. **Ordenó** a COLPENSIONES recibir los valores trasladados por la AFP PORVENIR S.A. correspondientes al demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Porvenir S.A.

TESIS DEL JUEZ: Sostuvo que para la fecha en que se llevó a cabo el traslado al régimen de ahorro individual del demandante, la AFP PORVENIR S.A., estaba obligada a entregar al actor, 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 exige la Ley 100 de 1993; y que partiendo de lo afirmado por el extremo activo, se invirtió la carga de la prueba, correspondiendo al fondo demandado demostrar que sí se cumplió con esa obligación.

Afirmó que, ante la ausencia de consentimiento libre, voluntario en la escogencia del régimen de ahorro individual por parte del demandante, estando en contravía del ordenamiento jurídico, hay lugar a declarar su ineficacia al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sin que proceda la

excepción de la prescripción de la acción, así como tampoco resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 1743 del Código Civil.

Se apoya en los recientes lineamientos de CSJ-SL, los traslados efectuados por los demandantes que deviene en ineficaz, nunca produjo efectos, siendo en este punto preciso recordar además que las disposiciones en materia laboral, e incluso en la seguridad social, constituyen un mínimo de derechos y garantías que se consagran en favor de los trabajadores y, por tanto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 13 del C.S.T. no produce ningún efecto cualquier estipulación que desconozca ese mínimo.

2.6. Recurso de apelación de PORVENIR

Se fundamenta en los siguientes aspectos:

1). Para el momento del traslado de régimen en el año 2001, el deber de información se cumplía conforme al literal B) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se está exigiendo un deber de asesoría que no estaba vigente, desconociéndose las reglas sobre la ley en el tiempo según la sentencia C 239 de 2001 y el artículo 38 de la ley 153 de 1887.

2). Se opone a la condena de la devolución de los gastos de administración, al considerar que es contraria a la regla existente en materia de restituciones mutuas y el principio de enriquecimiento sin causa, por cuanto *“... ... PORVENIR al actuar dentro de los requisitos aplicables o del reglamento al régimen de ahorro individual en el momento en que el demandante suscribió el formulario de vinculación creó para el Sistema General de Pensiones un contrato válido, y por lo tanto se generaron derechos y obligaciones recíprocas para las partes, para la parte demandante se creó la obligación de efectuar los aportes o sus cotizaciones mensualmente al sistema de ahorro individual al cual pertenece PORVENIR y para Porvenir se creó a obligación de efectuar todas las*

acciones de administración tendientes a que esos recursos depositados en la cuenta, cuenta que es creada en el régimen de ahorro individual por solicitud del mismo demandante, pues al momento en que firmó el formulario se formalizó el contrato ante el Sistema General de Pensiones y por lo tanto PORVENIR en cumplimiento de sus deberes de ley ha efectuado todas las gestiones de administración de dichos recursos y durante el tiempo comprendido desde el 1 de septiembre de 2001 hasta la fecha ha efectuado por más de 20 años las labores de administración de dichos recursos, por lo tanto, esos dineros han tenido rendimientos gracias a la buena gestión de administración la cual a su vez cobró una comisión para hacer rentar esos dineros, por lo tanto son conceptos excluyentes, es decir, no se podría devolver las dos sumas al afiliado pues se estaría desconociendo el trabajo que por años ha realizado PORVENIR vulnerándose el derecho a las restituciones mutuas adicionalmente debe tenerse en cuenta que PORVENIR ha actuado con la más absoluta buen fe y en cumplimiento de las normas vigentes para la época y ha efectuado todas sus actuaciones.”

*Para el caso en concreto se debe tener en cuenta que la afiliación como lo he manifestado al Sistema General de Pensiones se formaliza con el diligenciamiento del formulario de vinculación, el cual debe contemplar unos requisitos mínimo que se encuentran regulados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y corresponden al programa adoptado de la Superintendencia Financiera a través de la circular 3487 de 1994, así las cosas, la formalización de dicho contrato mediante el diligenciamiento del mismo crea para el Sistema General de Pensiones un contrato valido es por ello que PORVENIR en aplicación del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 efectuó como lo he manifestado la distribución de la cotización destinando el 3% de la misma para cubrir dichos gastos, así las cosas al decretarse la nulidad o ineficacia del traslado y ordenar la devolución de los recursos se deben respetar las restituciones mutuas y excluir las sumas por conceptos de gestión de administración que se han efectuado además se debe tener en cuenta que ya estamos en presencia de prestaciones ya acaecías en su lugar se solicita a los señores magistrados se ordene o se de aplicación al artículo 7 del decreto 3995 de 2008 que regula como debe efectuarse el traslado de recursos entre los regímenes pensionales es decir, se debe efectuar el traslado de los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual más los rendimientos sin embargo no es procedente ordenar a la AFP efectuar **la devolución de las primas de seguros ni de la comisión por administración.”***

3). Finalmente alega “... así mismo se tenga en cuenta que decisiones como las que hoy nos ocupan deben respetar el artículo 48 de la constitución de que **el principio de sostenibilidad financiera** debe prevalece en nuestro sistema general de pensiones”

2.7. Recurso de apelación de COLPENSIONES

La apoderada judicial de Colpensiones S.A., demanda se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar:

1). Que conforme al Decreto 656 de 1994, el deber de información de las AFP se suple con el formulario de afiliación y para esa época los fondos no estaban obligados a documentar las asesorías y tal exigencia es una carga que la jurisprudencia impuso.

2). Que se omitió ordenar la indexación de los gastos de administración, la devolución del porcentaje de fondo de garantía mínimo y las sumas adicionales de la aseguradora “... por lo que en el evento en que el Tribunal confirme la decisión del A quo solicito de manera respetuosa al honorable Tribunal se modifique o adicione el numeral 3 de la parte resolutive de la sentencia en el sentido de ordenar a PORVENIR que se incluyan estos valores que se omitieron en la sentencia de primera instancia pues estos valores de conformidad con la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia hacen parte de los valores que la primera AFP debe devolver a COLPENSIONES como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia por su conducta indebida al momento de la afiliación, frente a la indexación de los gastos de administración ponemos de presente la sentencia SL 1688 de 2019 en la que la Corte señaló la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen trae como consecuencia para el fondo de pensiones la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración debidamente indexados y resaltamos que este criterio ha venido siendo ratificado por la Corte en varias sentencias incluyendo la sentencia AL 1255 de 2020... ..”

Del mismo modo debió ordenarse el porcentaje correspondiente a al fondo de garantía de pensión mínima de conformidad con lo reseñado por la Corte en la sentencia SL 2877 de 2020 en la que sobre el tema de las restituciones

mutuas la Corte dice que la devolución de todos los valores acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos porque los mismos serán utilizados para financiar la pensión de vejez a la que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media eso incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraban los fondos privados a título de cuotas de administración, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima pues era aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y reconocimiento del derecho pensional.

Finalmente, también consideramos que la ineficacia del traslado igualmente apareja la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora tal y como lo sostuvo la Corte en la sentencia SL 1421 de 2019 con radicación 56174 del 10 de abril de 2019 en la que la Corte manifestó que dentro de los valores a trasladar por parte de PORVENIR a COLPENSIONES se encuentran las sumas adicionales de la aseguradora.

Expone las razones por las cuales se aparta de la tesis de esta Sala, al negar la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora.

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

La apoderada de la parte demandante pese a estar debidamente notificada guardo silencio, según constancia secretarial.

El apoderado judicial de Colpensiones, solicito la revocatoria de la sentencia de primera instancia, bajo los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, por cuanto el fundamento de la sentencia de primera instancia es que la AFP no brindó la debida asesoría a la demandante, sin tener en cuenta que para el momento del traslado de la actora NO les era exigibles a los fondos

documentar las asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de afiliación, pues esta es una carga que la jurisprudencia impuso, lo contrario, implica imponer cargas a los fondos no previstos por el ordenamiento jurídico, pues si la Ley no les exigía otros documentos como soporte de las asesorías mal podría ahora exigírseles ahora cuando han transcurrido más de 18 años.

Sostuvo que la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado.

La apoderada de la demandada Porvenir S.A., pese a estar debidamente notificada guardo silencio, según constancia secretarial.

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 los recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia.

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

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

En relación con la legitimación en la causa por activa y pasiva, no hay objeción alguna por la Sala, porque la acción la ejerce el presunto 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

La Sala Laboral resuelve los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS**:

5.1. En respuesta conjunta a los recursos de apelación propuestos, tanto por la AFP Porvenir S.A. como por Colpensiones, se estudiará:

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

Se resuelve como problemas asociados, (i) si para la fecha del traslado en el 2001, la AFP Horizontes estaba obligada a prestar la debida asesoría al actor y documentarla Y (ii) si con la decisión de ineficacia del traslado, se desconoce el principio de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

5.2. De ser procedente la declaración de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, en respuesta al segundo tema sustentado en la apelación de Porvenir S.A., y Colpensiones, se pasa a resolver:

¿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 actora se traslade también (i) el porcentaje de los aportes del fondo de garantía mínima, (ii) las sumas adicionales de las aseguradoras, (iii) se ordene la devolución de los gastos de administración indexados y (iv) las primas de los seguros previsionales?

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

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

Tesis de la Sala: La Sala concluye, se debe **CONFIRMAR** la declaración de ineficacia del traslado del RPM al RAIS, contenida en la sentencia apelada, porque la administradora de pensiones Horizontes, hoy Porvenir S.A., al efectuar la asesoría para el traslado en el año 2001, incumplió con el deber legal del suministro de la información al demandante, en forma clara y suficiente, en cuanto a los efectos positivos y negativos que acarrearía el cambio de régimen pensional, al cual estaba obligada en el momento del traslado, como se explicará más adelante.

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas:

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

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

solidaridad “es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”.

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

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

(... ...)

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

(... ...)

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

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

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

atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 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”.

6.6. A su vez, en el artículo 72, literal f) del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF) aplicable al presente caso en su texto original, por razón del traslado en el año 1999, 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. (... ..)

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

Y, además, expresamente se dispone que

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

6.8. En cuanto a la carga de la prueba del vicio en el consentimiento, aplica el artículo 1604 ibídem, el cual consagra

que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos incumbe al que ha debido emplearlo.

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

En reciente sentencia CSJ SL1452-2019, la CSJ Sala Laboral se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una *expectativa de pensión* o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de

otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3. °, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

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

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

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

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

“3.2. Excepción de saneamiento de la nulidad relativa.

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

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

declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

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

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

[3: El artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo refiere que «No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca» el mínimo de derechos laborales.][4: Los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011 «Estatuto del Consumidor», privan de efectos, de pleno derecho, a las cláusulas abusivas incluidas en los contratos celebrados con los consumidores.][5: De acuerdo con el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el contenido de las pólizas debe "ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente Estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva".] La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población

que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insanable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.

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

6.11. HECHOS PROBADOS RELEVANTES

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

6.11.1. Según la información consignada en la historia laboral consolidada del demandante, por la AFP PORVENIR, vista a folios 13 y 14 del archivo digital Nro. 145, la relación histórica de movimientos de la cuenta individual del actor aportada al proceso a folios 15 a 21 del archivo digital número 145 y la certificación de tiempos laborados expedida por Colpensiones a folios 22 a 24, se constata que el señor Andrés José Castrillón Valencia estuvo afiliado al régimen de prima media y realizó cotizaciones desde el 22 de agosto de 1977 hasta el 30 de septiembre de 1997, al extinto ISS, hoy Colpensiones, con un total de 624,14 semanas.

6.11.2. Está probado con el formato denominado “solicitud de vinculación fondo de pensiones obligatorias”, con fecha de diligenciamiento del 26 de julio de 2001, visible en el folio 6 del documento número 145 del cuaderno digital de primera instancia, que el señor Andrés José Castrillón Valencia solicitó el traslado del régimen pensional de prima media, estando afiliada al extinto ISS, hoy Colpensiones, al RAIS administrado PORVENIR SA, en julio de 2001 y así se acepta en la contestación de la demanda por la pasiva Porvenir.

CONCLUSIONES:

1. Se evidencia con claridad que al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante en calidad de trabajador del sector privado, estaba afiliado al extinto ISS, hoy Colpensiones, desde el 22 de agosto de 1977.

2. Por otra parte, del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados con la demanda y su contestación, esta Sala advierte que la pasiva Horizontes, hoy Porvenir, estando obligada, no demostró en el proceso que sus propios asesores le hubiesen dado a conocer al actor en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, de las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, y con tal conducta procesal, cabe predicar que el demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable; ya que si se le explica desde el principio el manejo de la cuenta individual, que los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado, los factores que inciden en el monto de la pensión, la persona tiene una información precisa, con la cual puede deducir si acepta, o no, el traslado.

3. La consecuencia jurídica de la falta de prueba del cumplimiento de este deber legal de la entrega de la debida información, es la prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sobre la INEFICACIA JURÍDICA DEL ACTO O NEGOCIO DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS, tal cual lo tiene decantado la CSJ-SL en recientes providencias, entre otras, la citada.

Con la sola manifestación pre-impresa en el formulario de afiliación, no se cumple con el requisito legal del suministro de información, dado que la sola firma no constituye prueba idónea del cumplimiento de este deber legal de las AFP.

4. La Sala no comparte los cuestionamientos de las dos apelaciones, al endilgarle al Juez de Instancia errores por haber aplicado la tesis de la CSJ-SL, en asuntos similares, sobre la prueba de la debida asesoría, más allá del formulario de afiliación, por cuanto simple y llanamente acudió a la doctrina probable vigente sobre este asunto, que explica con claridad las razones de tal conducta procesal, al estar en presencia de negaciones indefinidas provenientes del demandante sobre la omisión de la debida información a cargo de la AFP, por una parte y por otra, al hecho de que las pruebas de la asesoría realizada por la pasiva Horizontes, hoy Porvenir, al actor, para que tomara la decisión del traslado, están en poder de la AFP, tal cual se explica con detenimiento en la sentencia SL1688-2019 y en el aparte (iii) de la sentencia CSJ SL1452-2019, atrás reseñado en el numeral 6.8.

Además, no se comparte el criterio del apoderado de Porvenir cuando afirma que para la fecha del traslado no existía norma diferente al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que obligara a prestar la debida asesoría, toda vez que para el 2001 ya estaba vigente el artículo 72, literal f) del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF) aplicable al presente caso en su texto original, mediante el cual se dispone la obligación del

deber de información a las entidades del sistema financiero, entre ellas las AFP.

En consecuencia, el Juez de Instancia no está desconociendo las reglas sobre la ley en el tiempo según la sentencia C 239 de 2001 y el artículo 38 de la ley 153 de 1887, citados en la apelación.

5. Por último, en respuesta a los argumentos expuestos en los recursos de alzada, la Sala advierte que la decisión que se controvierte no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, ni del régimen de prima media, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJSL, sentencia SL2877-2020).

Además, con los recursos trasladados, que ingresan al fondo común administrado por la pasiva Colpensiones, se va a sufragar las mesadas pensionales en favor del afiliado, cuando cumpla los requisitos legales, garantizándose así lo sostenibilidad financiera de dicho fondo.

7. SOBRE EL TRASLADO A COLPENSIONES DE LAS SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA, DE LOS VALORES PAGADOS POR LAS PRIMAS DE LOS SEGUROS PREVISIONALES, LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN INDEXADOS Y EL PORCENTAJE DE LOS APORTES DEL FONDO DE GARANTÍA MÍNIMA

Tesis de la Sala: En cuanto a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, procede confirmar la decisión del Juez de Instancia en cuanto negó el traslado de dichas sumas

adicionales, porque solo opera como obligación para las aseguradoras con las que contrata el seguro colectivo para cubrir las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

Respecto a los valores pagados por la AFP PORVENIR por concepto de las primas de los seguros previsionales contratados, también debe ordenarse la devolución, como se explica adelante.

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

También se adiciona la sentencia impugnada, para ordenar la devolución del porcentaje de los aportes al fondo de garantía mínima.

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

7.1. De conformidad con los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, 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”. Esta mesada adicional, que señala de manera expresa las normativas en cita, se encuentra a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes.

Así las cosas, es claro 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, por lo tanto, es ésta la contingencia que protege a la AFP con una aseguradora, a través de los seguros colectivos y de participación (artículo 108).

En este caso, como no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, no era dable incluir dentro de los conceptos que debe devolver la AFP a Colpensiones, las “sumas adicionales de la aseguradora”.

Así las cosas, no tiene vocación de prosperidad el recurso de COLPENSIONES y se debe confirmar la sentencia impugnada que se abstuvo de ordenar la devolución de tales sumas adicionales de la aseguradora.

7.2. En relación con la apelación por parte de Porvenir SA, que de manera expresa solicita se le exima de la devolución de las sumas pagadas por concepto de las primas para la adquisición de los seguros previsionales, la Sala no avala esta petición de la Pasiva Porvenir SA, como quiera, si se revisa en lo que corresponde, la parte resolutive de la sentencia de primer grado, se advierte que de forma expresa no se impuso a la AFP demandada ningún tipo de devolución por ese concepto.

Sin embargo, es claro que la orden dada a Porvenir SA, de devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, haciendo alusión expresa a las cotizaciones, da absoluta claridad de que los valores que de la cotización

fueron destinados para la contratación y pago de los seguros de invalidez y sobrevivientes, también deben entenderse incluidos en la devolución. Aspecto que la Sala mayoritaria segunda, porque reservarle a Porvenir valores que hacen parte de la cotización, implica restarle efectos a la ineficacia del traslado como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido y por eso es que la Corte Suprema de Justicia, a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

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

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

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

7.3. En punto al recurso propuesto por PORVENIR S.A., encaminado a que se revoque la condena atinente a la devolución de los gastos de administración que se descontaron, mientras la actora permaneció afiliada a ese fondo privado, la Sala no secunda tal petición, por improcedente, 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 consecuencia, no es viable la interpretación que del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 pretende PORVENIR en su recurso de apelación, pues al surtirse la ineficacia del traslado, no solo procede ordenar la devolución de lo previsto en dicha norma, sino también los gastos de administración que encuentran pleno sustento en la citada jurisprudencia de la CSJ-SCL, razón por la cual se confirma la decisión de primera instancia en este aspecto también.

Además, en cuanto a la indexación de tales gastos de administración que peticiona COLPENSIONES, estima la sala procedente ordenarla, resaltándose que dicha indexación se solicitó en el escrito de contestación por COLPENSIONES y el A quo guardó silencio, siendo ahora objeto de apelación por la AFP del RPM.

Frente al punto resalta esta Corporación, al destinarse un porcentaje de la cotización para gastos de administración, sale del capital que conforma la cuenta de ahorro individual de la actora en el RAIS y no genera rendimientos, pues se deduce con destino a la AFP.

Entonces, el hecho de devolver los gastos de administración sin ordenar su indexación, implica su desmejora por la devaluación de unas sumas dinerarias que, desde el acto mismo del traslado ineficaz, debieron estar en el RPMPD, y, por ende, deben ser indexadas para efectos de su retorno a COLPENSIONES, evitando así un detrimento en el valor de las cotizaciones destinadas a financiar la pensión de la afiliada y de contera garantizar la sostenibilidad financiera del RPM

Esta tesis se apoya en los criterios de la CSJ-SL, en sentencia SL1818-2021, radicación No. 86533:

*“Ahora, en sede de consulta, se adicionará el fallo de primera instancia, en el sentido de ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante y los rendimientos financieros, las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración por el periodo en que ésta permaneció afiliada a ella. Además, **se ordenará la indexación de esas sumas, a efectos de no afectar financieramente el régimen de prima media con prestación definida.***

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado.”²

Igualmente, en sentencia SL4174-2021, radicado No. 84347 la CSJ-SCL esbozó los siguientes argumentos:

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

² Negrita fuera de texto original

la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

Por tal razón, tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).³

La sala encuentra plausible acoger los anteriores argumentos expuestos por la CSJ-SL, sin que se vulnere el derecho a las restituciones mutuas pues se itera, son dineros que pertenecen a la cotización de la afiliada e ingresaron al RAIS con base en un acto de traslado ineficaz, precisamente por la omisión en el deber de información que le asistía a la AFP horizonte hoy Porvenir S.A.

Por tal razón, se confirma la decisión de primera instancia, en cuanto ordena la devolución de las sumas atinentes a gastos de administración, y se adicionará el ordinal tercero de la parte resolutive de la providencia de primera instancia, para ordenar

³ Negrita fuera de texto original.

a PORVENIR S.A. que proceda a la devolución indexada de dichos gastos de administración.

7.4. Sobre la devolución de sumas por concepto de la garantía de pensión mínima, en respuesta a lo planteado por Colpensiones en su recurso de apelación, la Sala estima procedente ordenar a PORVENIR S.A. que proceda a la devolución de las sumas por concepto de la cotización destinada a la garantía de pensión mínima, como quiera que dicha garantía se financia con el 1.5% de la cotización obligatoria que mes a mes debe realizar el afiliado al RAIS y que en virtud de la declaratoria de ineficacia y la figura de las restituciones mutuas, debe retornar íntegra al RPM.

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

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

quiera que de no haberse presentado la misma, en el RPM la cotización también habría obtenido rendimientos, se habrá de adicionar el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia consultada, en el sentido de indicar que también será objeto de devolución por parte de la AFP Porvenir SA, las sumas que haya descontado con destino a la garantía de pensión mínima, de la cotizaciones obligatorias que mes a mes recibió a nombre de la demandante, en tanto se trata de un rubro que en la actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada.

8. RESPUESTA AL TEMA DE LA PRESCRIPCIÓN, EN SEDE DE CONSULTA

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verifica si procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha del traslado y la presentación de la demanda, transcurrió más de tres años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción de nulidad, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 2001.

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

Por lo tanto, no cabe establecer si tal acto o negocio jurídico de traslado está sujeto a las reglas de la prescripción, toda vez que con la declaración de INEFICACIA JURÍDICA en sentido amplio,

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

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

En la sentencia en mención, se afirma:

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

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

todos aquellos componentes de la pensión» (resaltado fuera del texto original)

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

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

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

9.- COSTAS

En aplicación del numeral 1° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, procede la condena en costas en esta instancia, a cargo de la entidad apelante PORVENIR, por cuanto no tuvo prosperidad su recurso de apelación y se absuelve a Colpensiones por la prosperidad parcial de 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.

10. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: SE ADICIONA el ordinal tercero de la sentencia del cuatro (04) de mayo de dos mil veintiuno (2021), objeto de la presente impugnación y consulta, así: (I) Condenar a Porvenir S.A. a la devolución y entrega a Colpensiones de las sumas descontadas por concepto de los gastos de administración, debidamente indexados desde la fecha del descuento, hasta la fecha de la entrega efectiva a Colpensiones; (II) condenar a Porvenir S.A. a la devolución y entrega a Colpensiones de las cotizaciones obligatorias que recibió del demandante, con destino a la garantía de la pensión mínima, y (III) Condenar a Porvenir S.A. a la devolución y entrega a Colpensiones de las sumas pagadas por concepto de las primas de los seguros

previsionales. Todo lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SE CONDENA 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.

CUARTO: La presente sentencia queda notificada a las partes por **ESTADO ELECTRÓNICO** y con la remisión al correo electrónico de los apoderados judiciales de la copia de la presente providencia para su conocimiento.

Los Magistrados



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS
Con salvamento parcial del voto



CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA