

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



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

**Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS**

Popayán, veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno
(2021)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ANA ELCY ASTAÍZA BRAVO
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES 2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. 3. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
RADICADO N°	19001-31-05-001-2019-00328-01
INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA Y CONSULTA.
TEMA	INEFICACIA TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL-DEL RPM AL RAIS -PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	SE ADICIONA EL ORDINAL PRIMERO PARA ORDENAR A PORVENIR LA DEVOLUCIÓN DE LAS COTIZACIONES OBLIGATORIAS QUE RECIBIÓ DE LA DEMANDANTE, CON DESTINO A LA GARANTÍA DE LA PENSIÓN MÍNIMA.

	<p>SE ADICIONA EL ORDINAL PRIMERO, NEGANDO EL TRASLADO DE LOS VALORES PAGADOS POR CONCEPTO DE SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA.</p> <p>EN LO RESTANTE SE CONFIRMA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.</p>
--	---

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 PORVENIR S.A y COLPENSIONES E.I.C.E y el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de COLPENSIONES E.I.C.E, frente a la Sentencia proferida en primera instancia el veintitrés (23) de marzo de dos mil veintiuno (2021), por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, Cauca, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda

Pretende la demandante: **(i)** Que **se declare** la nulidad de su afiliación o traslado a PORVENIR S.A.; **(ii)** Que no estuvo afiliada

al RAIS y tiene derecho al regreso automático al RPM; **(iii)** Que PORVENIR S.A. debe trasladar al RPM todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubiesen causado.

Consecuencialmente, solicita; **(iv)** se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a la señora ANA ELCY ASTAÍZA BRAVO al RPMPD; **(v)** Que se condene a PORVENIR S.A. a trasladar al RPMPD, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubiesen causado; **(vi)** se condene conforme a las facultades ultra y extra petita y **(vii)** se condene en costas y agencias en derecho del presente proceso (páginas 60 a 72, archivo No. 01, expediente digital de 1ra instancia).

Como **fundamentos fácticos**, señala que nació el 23 de enero de 1960 e inició a laborar el 7 de octubre de 1983 en la UNIDAD REGIONAL CENTRO LIQUIDADADA hasta el 31 de diciembre de 1995.

Seguidamente comenzó a laborar en el centro de salud de Timbío – Cauca E.S.E., desde el 1 de enero de 1996 y ha continuado laborando en el HOSPITAL DE TIMBÍO E.S.E., sin interrupción alguna, hasta la fecha.

Que se encuentra afiliada al RAIS desde el 4 de febrero de 2003, en virtud de un traslado que se realizó desde el RPMPD; que con anterioridad a su vinculación al RAIS, estuvo afiliada al RPMPD administrado por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL E.I.C.E CAJANAL EN LIQUIDACIÓN hoy la UGPP, entidad en la cual cotizó desde el 7 de octubre de 1983 hasta el 3 de febrero de 2003.

Agregó que PORVENIR S.A. omitió brindarle información relevante, suficiente y veraz.

Que el 3 de abril de 2019 radicó ante COLPENSIONES la reclamación administrativa, con el fin de regresar a esa administradora y en igual sentido se radicó solicitud a la UGPP, el 21 de agosto de 2019, siendo resueltas sus peticiones negativamente.

Finalmente, indicó que el 5 de abril y el 15 de agosto de 2019, presentó reclamaciones administrativas ante PORVENIR S.A. y que a la fecha no han sido resueltas.

2.2. Contestación de COLPENSIONES

Colpensiones, a través de su apoderada judicial, haciendo uso del derecho a la defensa, señaló que no es procedente la nulidad del traslado que pretende la actora, por no haberse acreditado que la demandante no haya recibido la asesoría idónea y por encontrarse prescrita la acción correspondiente.

Agregó que, en el evento de declararse la ineficacia del traslado, se ordene a PORVENIR S.A. que traslade la totalidad de los aportes al RPMPD para garantizar el financiamiento de la respectiva prestación.

Formuló las siguientes excepciones de fondo o perentorias: “Inexistencia de la obligación – improcedencia de declarar ineficacia del traslado de regímenes pensionales; retorno en cualquier tiempo al RPM, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera; cobro de lo no debido y prescripción”. (páginas 102 a 108, archivo No. 01, expediente digital de 1ra instancia).

2.3. Contestación de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

La UGPP, en ejercicio de su derecho a la defensa, contestó la demanda a través de su apoderado judicial, y, luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, **se opuso a todas las pretensiones**, con fundamento en que a la UGPP no le fueron asignadas funciones como AFP, por lo que no está habilitada para administrar recursos provenientes del sistema de pensiones, aprobar traslados de regímenes de pensionados, hacer traslado de saldos y demás obligaciones reguladas por el Estatuto orgánico del sistema financiero.

Las *excepciones* que formuló fueron: como previa la de “*falta de legitimación por pasiva*” y de mérito: “*prescripción; buena fe de la entidad demandada y la innominada*”. (páginas 126 a 138, archivo No. 01, expediente digital de 1ra instancia).

2.4. 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, y, luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, **se opuso a todas las pretensiones**, con fundamento en que la demandante es una persona capaz a la luz del artículo 1503 de C.C y manifestó en forma libre y voluntaria su decisión de traslado al momento de la suscripción del formulario de vinculación dispuesto legalmente para tal fin.

Resaltó que al momento de la afiliación la actora recibió una asesoría integral conforme a las normas vigentes para la época; y

se opuso a la devolución de los conceptos atinentes a comisión de administración y prima de seguro previsional.

Las excepciones de mérito que formuló fueron: “Prescripción”, “falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas”, “buena fe”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación”, “prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo”, “innominada o genérica”, “inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones” y “debida asesoría del fondo”. (páginas 312 a 331, archivo No. 01, expediente digital de 1ra instancia).

2.5. Decisión de primera instancia

El Juzgado Primero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día veintitrés (23) de marzo de dos mil veintiuno (2021) y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar sentencia No. 018, en la cual: **(i) Declaró** la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS, realizado el 04 de febrero de 2003. En consecuencia, **(ii) ordenó** a la AFP PORVENIR, trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales (en caso de contar con ellos) con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración de la demandante. Estos últimos, debidamente indexados; en consecuencia, **(iii) ordenó** a PORVENIR, normalizar la afiliación de la demandante en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalles de aportes de la demandante a COLPENSIONES.; **(iv) ordenó** a COLPENSIONES aceptar la afiliación de la demandante y recibir todos los valores trasladados por PORVENIR.; **(v) declaró**

probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva planteada por la UGPP; **(vi) Declaró** no probadas las excepciones de mérito formuladas por PORVENIR y COLPENSIONES y **(vii)** Condenó en costas a la demandada Porvenir S.A.

TESIS DEL JUEZ: Sostuvo que la demandante suscribió formulario de afiliación a Porvenir, donde consta la firma de la actora y en principio indica que hubo un consentimiento en el traslado de régimen, pero de todos modos no fue completa esa explicación respecto al régimen de transición para empleados Municipales y Departamentales de entidades públicas, teniendo en cuenta que la demandante eventualmente podría ser beneficiaria en ese aspecto; o por lo menos no quedó constancia en el formato preimpreso y que tampoco consta si se le explicó a la demandante sobre el régimen de prima media con prestación definida como tal.

Se refirió a los testimonios recaudados en el proceso y accedió a la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante, teniendo en cuenta que PORVENIR no logró acreditar efectivamente que se le haya dado una información necesaria y transparente a la demandante.

De otro lado, indicó que Colpensiones es quien debe aceptar la afiliación de la demandante, porque si bien la actora al momento en que se efectuó el traslado, estaba afiliada a CAJANAL, esta se liquidó en el año 2009 y todas las personas que venían afiliadas pasaron automáticamente a ser afiliadas del ISS o a otros fondos privados, pero en el caso de la demandante, de haber seguido afiliada a CAJANAL, su destino hubiere sido el ISS, porque la UGPP solo se quedó con las personas que al año 2009 ya estaban pensionadas o que ya habían cumplido la edad y el tiempo para adquirir la pensión; situaciones en las cuales no se encontraba la demandante, razón por la cual declaró probada la excepción

de falta de legitimación en la causa por pasiva en relación con la UGPP.

Señaló también que se debe trasladar lo referente a cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales en caso de contar con ellos y los gastos de administración debidamente indexados, con fundamento en la jurisprudencia de la CSJ-SCL a la que hizo mención; y frente al tema de las sumas adicionales de la aseguradora indicó que venía reconociéndolas pero el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán - Sala laboral ha revocado esa orden, para lo cual citó precedente en dicho sentido.

Finalmente argumentó que la ineficacia no afecta la sostenibilidad fiscal, sustentado en decisión de la CSJ-SCL a la que hizo mención también.

2.6. Recurso de apelación de PORVENIR

Centra su inconformidad con la orden de devolver los gastos o comisión por administración, al considerar que la cuenta individual de la demandante obtuvo rendimientos gracias a la buena gestión de administración y se descontaron en cumplimiento del artículo 20 de la Ley 100 de 1993; que es un concepto excluyente y se estaría desconociendo el trabajo realizado por más de 18 años, vulnerándose el derecho a las restituciones mutuas, a la buena fe y que su actuación se encuentra ajustada a las normas de la época y de los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, al programa adoptado por la Superintendencia Financiera de Colombia a través de la Circular 034 y 037 de 1994 y de lo establecido en el Capítulo 1 de la Circular Externa 100 de 1995, expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Solicita se de aplicación al artículo 7º del Decreto 3995 de 2008 y se realice el traslado de los recursos entre regímenes, tal como lo señala la norma citada, es decir, devolviendo los dineros

depositados en la cuenta de ahorro individual más los rendimientos que se hayan generado como consecuencia de la administración de dichos recursos, así como los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima y sus respectivos rendimientos, más no es procedente ordenarle a la AFP que devuelva los gastos de la comisión por administración y la prima de seguro previsional, pues, de mantenerse la orden impartida por el juez de primera instancia se estaría generando para la demandante un enriquecimiento sin causa y para Porvenir S.A. un empobrecimiento en su patrimonio y PORVENIR S.A. como lo he manifestado, en todo su actuar lo ha hecho con la más absoluta buena fe y acatando todas las disposiciones que frente al régimen de ahorro individual se han venido emitiendo.”

Así las cosas, solicito nuevamente con el mayor respeto a los señores Magistrados que no se acceda a la devolución de los gastos por administración, emitida en primera instancia por el Juez 1 Laboral del Circuito y en su lugar se de aplicación al artículo 7° del Decreto 3995 de 2008 y adicionalmente se tenga en cuenta que toda decisión debe apoyarse en el principio de sostenibilidad financiera, orden económico y en el principio de seguridad jurídica, pues, Porvenir S.A., todas sus actuaciones se encuentran dentro del marco de la ley y bajo la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia. Es todo señor juez.”

2.7. Recurso de apelación de COLPENSIONES

“... ..consideramos que en este asunto no se demostró que a la demandante no se le hubiese ofrecido una debida asesoría por cuanto al momento del traslado la normatividad que se encontraba exigible no tenía como requisito documentar las asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de afiliación.

En el evento en que el Tribunal confirme la decisión del Despacho solicitamos de manera respetuosa al Tribunal que

se modifique o adicione el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a Porvenir que además de trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, en caso de contar con ellos, y los gastos de administración debidamente indexados, también se incluyan las sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, pues, estos valores de conformidad con la jurisprudencia actual de la CSJ hacen parte de los valores que la administradora debe devolver a la primera AFP como consecuencia de la ineficacia de la afiliación, dada la conducta indebida de dicha administradora al momento de efectuar el traslado del afiliado.

Apoya la anterior solicitud en la sentencia SL1688 del 5 de agosto de 2019, la sentencia SL4989 de 2018, la sentencia SL17595 de 2017 y el auto AL1251 de 2020 en las cuales se fijan las consecuencias de la nulidad de traslado entre regímenes, conforme al artículo 1746 del CC con todos los frutos e intereses y agrega que “... ..no es suficiente manifestar que los mismos no se encuentran en la parte resolutive de estas sentencias o que dentro del proceso no se haya demostrado que Porvenir hubiese recibido valores por estos conceptos, pues, la CSJ en ninguna de las sentencias sobre el tema ha condicionado la procedencia del traslado de estas sumas adicionales a Colpensiones si dentro del proceso se encuentra acreditado que la AFP las recibió, cosa diferente es que se ordene su traslado en el evento en que la AFP las hubiese recibido, pero reitero, no es correcto ni acorde con la jurisprudencia manifestar que no se trasladan porque no se acreditó que la AFP las haya recibido y así debe ser porque no retornar la totalidad de los valores que hubiere recibido la AFP con motivo de la afiliación de la actora constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad en perjuicio de Colpensiones, quien al recibir a la actora tendrá la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del sistema general

de seguridad social en pensiones. En esos términos dejamos sentado nuestro recurso de apelación.”

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

La apoderada de la parte demandante solicitó se confirme el fallo proferido en primera instancia.

Insistió en que PORVENIR S.A., por medio de sus asesores, indujo en error a la demandante, omitiendo suministrarle información suficiente, clara y veraz y solicitó se tenga en cuenta el precedente jurisprudencial en torno al tema (archivo No. 10, expediente digital de 2da instancia).

El apoderado judicial de la UGPP, manifestó que se encuentra conforme con la decisión tomada por el A-quo en la Sentencia 018 del 23 de marzo de 2021 y se ratifica en los argumentos expuestos a lo largo del proceso.

La apoderada judicial de Colpensiones, argumenta 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.

Agregó que en este asunto no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado que en su momento efectuó el actor (sic), pues no hace parte de la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002 para retornar al RPM en cualquier tiempo.

Reitera las peticiones formuladas en la apelación y en insiste e insiste en lo atinente a las SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA, pues estos valores de conformidad con la jurisprudencia actual de la H. Corte Suprema de Justicia sobre el tema, hacen parte de los valores que la administradora debe devolver a la primera AFP como consecuencia de la ineficacia de la afiliación, dada la conducta indebida de dicha administradora al momento de efectuar el traslado del afiliado.

De otro lado solicitó, aunque no fue objeto de apelación, en el evento de confirmarse la Sentencia, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se proceda a modificar o adicionar la aludida sentencia con la inclusión de los aportes para garantía de pensión mínima, para lo cual hizo referencia a jurisprudencia de la CSJ-SCL. (archivo No. 12, expediente digital de 2da instancia).

La apoderada de la demandada PORVENIR S.A., guardó silencio dentro del término de traslado que fue concedido para presentar alegaciones en esta instancia (archivo No. 15, expediente digital de 2da instancia).

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

COMPETENCIA: En virtud a que la providencia de primera instancia fue apelada por 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 al recurso de apelación propuesto 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.?

Como asunto asociado, se analiza el tema alegado por Porvenir y Colpensiones sobre 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 tema sustentado en la apelación de Colpensiones y Porvenir S.A., se pasa a analizar:

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico ordenar a Porvenir S.A., que además de las cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos que se hallen en la cuenta de ahorro individual del actor, se trasladen las sumas adicionales de las aseguradoras, los valores pagados por las primas para la adquisición de los seguros previsionales y se ordene la devolución de los gastos de administración?

5.3. En sede de consulta en favor de Colpensiones, se verificará, si procede adicionar la sentencia de primera instancia, para condenar a PORVENIR S.A. a la devolución de las sumas por concepto de la garantía de pensión mínima, conforme lo solicitado en los alegatos de conclusión por Colpensiones.

5.4. Finalmente, en sede de consulta se deberá verificar la legalidad de la negativa a la declaración de la excepción de prescripción, alegada por Colpensiones.

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

Tesis de la Sala: La Sala concluye, se debe **CONFIRMAR** la declaración de ineficacia del traslado del RPM al RAIS, contenida en la sentencia apelada, porque la administradora de pensiones Porvenir S.A. al efectuar la asesoría para el traslado en el año 2003, incumplió con el deber legal del suministro de la información a la 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 solidaridad *“es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”*.

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

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

(... ...)

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

(... ...)

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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

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

6.5. Por medio del artículo 60 de la Ley 100/93, se regula las características del régimen pensional RAIS, y en lo que interesa, se resalta lo dispuesto en el literal c, en su versión original, atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 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 y sentencia SL1421-2019.

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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 posteriores providencias de la CSJ-SL bajo los numerados SL1688 y SL1689 de 2019, al igual que en las sentencias SL373 y SL1440 de 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 certificación expedida el 11 de marzo de 2016 por el Líder Oficina Registro Y Control Laboral De La Gobernación Del Cauca (página 6, archivo No. 01, expediente digital de 1ra instancia) y la documental obrante en las páginas 279 y 284 ibídem, se constata que a favor de la señora ANA ELCY ASTAÍZA BRAVO se realizaron cotizaciones a partir del 7 de octubre de 1983 y hasta el 31 de diciembre de 1999, por parte de la DIRECCION

DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL CAUCA LIQUIDADADA, con destino a la Caja Nacional de Previsión Social Liquidada; aspecto que se constata también con certificado de información laboral visible en página 07, archivo No. 01.

6.11.2. Está probado con el formato denominado “solicitud de vinculación o traslado”, con fecha de diligenciamiento del 04 de febrero de 2003, visible en la página 232 del archivo No. 01 del expediente digital de primera instancia, que la señora ANA ELCY ASTAÍZA BRAVO solicitó el traslado del régimen pensional de prima media, estando afiliada a CAJANAL, al RAIS administrado por la AFP PORVENIR SA, en febrero de 2003 y así se acepta en la contestación de la demanda por la pasiva Porvenir.

6.11.3. Según el certificado de afiliación expedido por Porvenir - página 237, archivo No. 01 del expediente digital de primera instancia, la historia laboral consolidada de la demandante en PORVENIR (página 18 y siguientes, archivo No. 01) y la relación histórica de movimientos en Porvenir, de la cuenta individual de la actora, aportada al proceso mediante el documento que obra en la página 240 a 278 ibídem, se constata que la señora ANA ELCY ASTAÍZA BRAVO se encuentra afiliada a PORVENIR S.A. desde el 5 de febrero de 2003, aspecto que se corrobora también con el historial de vinculaciones que obra en la página 238, archivo No. 01 ibídem.

6.11.4. Del examen de los testimonios ordenados y practicados a CONIS EFRÉN GARZÓN LONGO y OVIDIO DE JESÚS CADAVID GARCÍA, se registran las siguientes versiones relevantes:

En el caso del señor CONIS EFRÉN GARZÓN LONGO, señaló que conoce a la demandante más o menos desde el año 1989, porque

eran compañeros de trabajo; que cuando él se vinculó al hospital de Timbío desde el año 1989, la accionante ya laboraba allí, en el área de estadística y él ingresó a trabajar en la institución como promotor de saneamiento.

En relación con el tema objeto de debate, expuso que en el año 2003 les dijeron que se iba a acabar CAJANAL, que era donde estaban; y que había un fondo privado, a donde debían pasarse.

Que en esa época los reunieron en la oficina de saneamiento y les informaron que debían tomar ese fondo privado y si no se quedaban sin pensión; además, les indicaron que se acogieran al régimen privado que era rentable pero que nunca les hablaron de lo público y les hicieron firmar, sin orientarlos acerca de lo bueno o lo malo; simplemente les dijeron que se iba a acabar lo público y que lo privado era lo único que había.

Que les hablaron de rentabilidad, pero nunca les hicieron un asesoramiento donde les indicaran los beneficios; refirió que se trató de una reunión grupal, con los de planta, en la que se encontraba también la demandante; y que cuando terminó la reunión firmaron.

Por su parte, el testigo OVIDIO DE JESÚS CADAVID GARCÍA, afirmó ser compañero de trabajo de la demandante; que la conoce desde que ingresó al hospital de Timbío, prácticamente hace 37 años.

Agregó que en la época en que dijeron que se acababa CAJANAL y posteriormente también el Seguro Social, les indicaron que tenían que trasladarse obligatoriamente a un fondo privado; y que, para el efecto, llevaron una asesora y los reunieron en la oficina de saneamiento, donde les dijeron que se acababa lo público y había que vincularse a lo privado; y que como no tenían tiempo, se vincularon a PORVENIR.

Expresó, además, los asesores de Porvenir no hicieron el comparativo y no les explicaron; porque si lo hubieran hecho, él no hubiera firmado su traslado a PORVENIR, pues con el tiempo se enteró de los beneficios de Colpensiones.

Por último, indicó que en esa oficina se reunieron, los trabajadores que, en su mayoría, pertenecían en ese tiempo al personal de planta, entre los que se encontraba la demandante y también el señor CONIS GARZON; y que cuando terminó la reunión general, firmaron lo que Porvenir les dijo; señalando además que fue una reunión general, todos firmaron e hicieron lo mismo.

CONCLUSIONES:

1. Probado está, la demandante estuvo cotizando para pensiones por cuenta de la DIRECCION DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL CAUCA LIQUIDADADA con destino a CAJANAL, desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y bajo estas normativas, especialmente, el literal A del artículo 12 de la ley 100 de 1993, se considera que la demandante estuvo afiliada al RPM desde octubre de 1983, data en que aparece la primera cotización realizada a su favor, hasta su traslado al RAIS en febrero de 2003, por intermedio de la AFP Porvenir.

2. Del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados con la demanda y su contestación, la Sala concluye, la pasiva Porvenir, estando obligada, no demostró en el proceso que los asesores de PORVENIR S.A. le hubiesen dado a conocer a la actora 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 la demandante NO pudo

elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable.

Además, con las versiones de los señores CONIS EFRÉN GARZÓN LONGO y OVIDIO DE JESÚS CADAVID GARCÍA, que resultan totalmente creíbles por ser testigos directos de los hechos narrados sobre la forma en que se produjo el traslado de la señora ANA ELCY ASTAÍZA BRAVO al RAIS, quedan en evidencia las omisiones de los asesores de Porvenir en cumplir con su obligación legal de la debida asesoría e información a la actora sobre las reales condiciones del 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, necesarios para la toma de la decisión si se 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 debió suministrarse información completa sobre ambos regímenes como lo señaló el juez de primera instancia, aunado a que la sola firma no constituye prueba idónea del cumplimiento de este deber legal de las AFP.

4. En respuesta a los argumentos expuestos, sobre las afectaciones al sistema de pensiones, la Sala advierte que la decisión que se controvierte no lesiona el principio de

sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, en ninguno de los dos regímenes pensionales, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones, provienen de una cuenta individual del RAIS e ingresan a un fondo común administrado por Colpensiones, con los cuales se financia el reconocimiento del derecho pensional al actor, 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) y se generen los riesgos de la sostenibilidad de cualesquiera de los dos regímenes pensionales.

5. Se destaca la obligación legal, en cabeza de la AFP, de asesorar y brindar información clara y precisa sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen y el legislador consagra expresamente la consecuencia jurídica de la ineficacia de la afiliación, por el incumplimiento de tal obligación, en el literal b) del artículo 13, en concordancia con el artículo 271, ambos de la Ley 100 de 1993, en citas anteriores. En consecuencia, no resulta necesario verificar alguna de las causales de nulidad de los negocios jurídicos, entre otras, los vicios en el consentimiento.

6. Igualmente, el hecho de la permanencia de la actora por varios años en el RAIS, tampoco es argumento suficiente, simple y llanamente, porque el acto o negocio jurídico del traslado de régimen pensional, siquiera nació al mundo jurídico.

7. Acorde con todo lo expuesto, procede confirmar la declaración de ineficacia del traslado contenida en la sentencia impugnada, resaltándose que la afiliación de la demandante corresponde a COLPENSIONES como actual administradora del

RPMPD, y en tal sentido se avala también la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la UGPP.

7. SOBRE EL TRASLADO A COLPENSIONES DE LAS SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA, DE LOS VALORES PAGADOS POR LAS PRIMAS DE LOS SEGUROS PROVISIONALES Y LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN

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.

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

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. Finalmente, 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 recibieron mientras la actora permaneció afiliado 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.

8. EN SEDE DE CONSUTLA SE ABORDA LA PROCEDENCIA DE ORDENAR A PORVENIR S.A. LA DEVOLUCION DE SUMAS POR CONCEPTO DE LA GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, EN RESPUESTA A LO PLANTEADO POR COLPENSIONES EN SUS ALEGACIONES EN ESTA INSTANCIA

Tesis De La Sala: Esta Corporación considera procedente entrar a resolver este punto, pues en virtud de lo consagrado en el artículo 69 del CPT y de la SS, deberán ser consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento, al Municipio o aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, siendo

también aceptado que, lo que la ley persigue con la consulta es la protección de los bienes y el interés público.

En efecto, la consulta ha sido prevista como un mecanismo de revisión oficiosa de la sentencia que opera por ministerio de la ley, a través del que se pretende ejercer un control integral encaminado a corregir los errores de hecho o de derecho en los que haya podido incurrir el fallador de primer grado, sin que quede cobijado por los alcances del principio de la no *reformatio in pejus*.

En el presente caso, 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 2003.

La Sala niega la declaración de la excepción de prescripción, como quiera, que en este caso no se declara la nulidad, sino la ineficacia del acto de traslado al RAIS, de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, no cabe establecer si tal acto o negocio jurídico de traslado está sujeto a las reglas de la prescripción, toda vez que con la declaración de INEFICACIA JURÍDICA, se entiende que tal acto o negocio jurídico jamás nació al mundo jurídico, por una parte y por otra, siguiendo la tesis de la imprescriptibilidad

expuesta por la CSJ-SL, en la sentencia SL1689-2019, cuando sostiene que la solicitud de declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS es imprescriptible, ante el hecho de estar en presencia de un proceso meramente declarativo y que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles.

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

En la sentencia en mención, se afirma:

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

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

En conclusión: la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de

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

Esta tesis ha sido reiterada en sentencias posteriores de la CSJ-SL del 01 de julio de 2020, Radicación n.º 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.

10.- COSTAS

En aplicación del numeral 1º 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 – COLPENSIONES, por cuanto no tuvo prosperidad su recurso de apelación.

No procede la condena en costas en esta instancia en contra de PORVENIR, en tanto tuvo prosperidad parcial 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.

11. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: SE ADICIONA el ordinal primero de la sentencia del veintitrés (23) de marzo de dos mil veintiuno (2021), objeto de la presente impugnación y consulta, para en su lugar, condenar a Porvenir S.A. a la devolución y entrega a Colpensiones de las cotizaciones obligatorias que recibió de la demandante, con destino a la garantía de la pensión mínima, 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 Colpensiones, a favor de la demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

CUARTO: 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**



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA