

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	RICARDO HURTADO BONILLA
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. 2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. – AFP PORVENIR S.A.
MINISTERIO PÚBLICO	MARIO RIGAUR SOLARTE ORTEGA Procurador 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social.
RADICADO	19-001-31-05-003-2020-00223-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS - PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	SE ADICIONA EL ORDINAL 3° DE LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA, PARA INCLUIR DENTRO DE LOS VALORES A DEVOLVER POR LA AFP PORVENIR S.A. A COLPENSIONES, LA INDEXACIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, LAS SUMAS PAGADAS POR LAS PÓLIZAS DE LOS SEGUROS PREVISIONALES Y LAS SUMAS ADICIONALES DE LAS ASEGURADORAS, SIEMPRE QUE SE HAYAN CAUSADO. IGUALMENTE SE ADICIONA LA SENTENCIA PARA ACCEDER A LA PETICIÓN ESPECIAL DE COLPENSIONES. EN LO DEMÁS, SE CONFIRMA.

1. ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, la Sala Laboral, integrada por los Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado Ponente, procede a proferir sentencia escrita que resuelve los **RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por las apoderadas judiciales de las partes demandadas** AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y **el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES**, contra la Sentencia Nro. 09 del once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022), proferida en primera instancia, en audiencia de oralidad de trámite y juzgamiento, por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, CAUCA, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende el demandante: (1) se **DECLARE la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual** administrado por PORVENIR S.A. y, por tanto, (2) se **ORDENE** al citado fondo a trasladar a la administradora COLPENSIONES todos los valores de su cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de las aseguradoras, con los rendimientos causados, (3) se **CONDENE** a PORVENIR S.A. asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez del actor, por los gastos de administración en que hubiere incurrido y, (4) se **CONDENE** en costas a la parte demandada.

Como **fundamentos fácticos relevantes** manifiesta, estuvo vinculado a la Caja de Previsión Municipal de Popayán, hoy liquidada, en calidad de servidor público, desde octubre de 1986, pero, en junio de 1996, se trasladó al fondo de pensiones

PORVENIR, cuando los promotores de la mencionada entidad se presentaron y le informaron unas condiciones presuntamente más favorables para obtener su pensión de vejez, que las que ofrecía para ese entonces su administradora; sin embargo, los encargados de dicha afiliación omitieron informar que el monto de la pensión estimada que el actor iba a obtener no era absoluta sino un monto probable, así pues, alega que PORVENIR S.A. incumplió una de sus obligaciones legales, la de suministrar a sus clientes una información adecuada, suficiente y cierta, pues, no se le dio a conocer para el momento las ventajas y desventajas de ambos regímenes (Archivo 02Demanda, expediente de primera instancia).

2.2. Contestación por COLPENSIONES:

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio 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**, al considerar que no es procedente la nulidad y/o ineficacia del traslado del RAIS al RPM, por no haberse acreditado en el expediente que el demandante no recibió la asesoría idónea para el efecto y por encontrarse prescrita la acción.

Expresa que el actor se trasladó al RAIS a través de PORVENIR S.A en el mes de octubre de 1995, y considera que no puede acreditarse que el demandante no recibió la asesoría idónea porque en el expediente no existe prueba que lo demuestre, por lo tanto, la manifestación del actor fue de manera libre y voluntaria, expresión de una persona plenamente capaz.

No obstante, lo anterior, en el evento de declararse la ineficacia y/o nulidad de la afiliación al RAIS, solicita se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes y valores al RPM para garantizar el financiamiento de la respectiva prestación en los que se incluyan rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora y el porcentaje de pensión mínima, así como asumir la merma en el capital destinado a la financiación de la prestación.

Propuso como excepciones de fondo: (1) Inexistencia de la obligación – Inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación del demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma, (2) carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, (3) errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C, (4) cobro de lo no debido – retorno en cualquier tiempo al RPM, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera, (5) indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales- vulneración del principio de la confianza legítima, (6) inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia del traslado de régimen y (8) prescripción (Archivo #09, contestación de la demandada COLPENSIONES, expediente 1ª instancia).

2.3. Contestación por PORVENIR S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, PORVENIR S.A., a través de su apoderada judicial, contestó la acción y se **opuso a todas las pretensiones**, bajo el argumento que el demandante es un sujeto capaz a la luz del art. 1503 del C.C., quien conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 manifestó de forma libre y voluntaria su decisión de traslado, recibiendo una asesoría integral conforme las normas vigentes para la época. Señala que el acto de vinculación es válido al no estar inmerso en vicios del consentimiento; además, solamente hasta la expedición de la Circular 016 de 2016, surgió para las AFP la obligación de guardar los soportes documentales y por ello antes de dicha fecha las asesorías eran verbales.

Informa que el demandante se trasladó de Colpensiones la AFP HORIZONTES en agosto de 1995, luego regresó a Colpensiones en septiembre de 2000 y se encuentra vinculado con PORVENIR desde el 01 de abril de 2007, fecha en la que se hizo efectivo el traslado solicitado por última vez, y, que se dio por su parte una asesoría

integral respecto de las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual, así como las modalidades de pensión.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó como: (1) Prescripción, (2) Prohibición legal de aplicar retroactivamente la ley, (3) Principio de confianza legítima, (4) Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, (5) Buena fe, (6) Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, (7) prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, (8) Innominada o genérica, (9) Inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado al demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y (10) debida entrega de información por parte del fondo (17ContestaciónDemandaPorvenir, expediente de 1ª instancia).

2.4. Intervención del Ministerio Público:

El Ministerio Público a través del procurador judicial para asuntos del trabajo y la seguridad social de San Juan (Pasto), expresó que no le constan los hechos de la demanda, por lo tanto, no se opone a las pretensiones de la demanda, siempre y cuando se logre demostrar lo pertinente dentro del proceso; y, con base en los documentos allegados, hace un pronunciamiento para que el señor Juez lo tenga en cuenta al momento de decidir de fondo dentro del proceso; respecto de que se declare la nulidad del traslado del RPM al RAIS, por falta al deber de información, y advierte que no se trata de una nulidad sino de una ineficacia, destaca que, la selección de uno o cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria por parte del trabajador, que la obligación al deber de información tiene fundamento legal y jurisprudencial, por lo tanto, para que haya una verdadera libertad informada, es deber de los fondos administradores dar información clara, suficiente, completa y precisa sobre las ventajas, desventajas e implicaciones del traslado, sin embargo, aduce que también se han estipulado unas subreglas las cuales se deben tener en cuenta y enumera dentro de su escrito.

Por lo anteriormente expuesto, considera que si las entidades llamadas a juicio no demuestran que brindaron la asesoría y que suministraron la información clara, oportuna y suficiente para que el traslado sea válido, éste deberá declararse ineficaz. Propuso la excepción de mérito denominada “*improcedencia de condena en costas a cargo de COLPENSIONES*” (Ver, el archivo: 14IntervenciónMinisterioPúblico).

2.5. Decisión de primera instancia:

El JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, (CAUCA), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento, concentrada, el día once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar SENTENCIA Nro. 09 de 2022, en la cual resolvió: (1) **DECLARAR** la INEFICACIA de la afiliación en pensiones del demandante a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., efectuada desde el 01 de abril de 2007, como consecuencia; (2) **DECLARAR** que, para todos los efectos legales, el 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; (3) **CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a efectuar el pago o traslado a COLPENSIONES, como administradora del Régimen de Prima Media, del total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del demandante RICARDO HURTADO BONILLA, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital, 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, así como las descontadas con destino a la garantía de pensión mínima.

(4) Se **ORDENÓ** a COLPENSIONES recibir los valores trasladados por PORVENIR S.A. y correspondientes al demandante, (5) **DECLARAR** no probadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas, (6) **CONDENAR** en costas a PORVENIR S.A. a

pagar las costas que se liquiden en favor del demandante, incluidas las AGENCIAS EN DERECHO que se fijan en la suma equivalente a UN (1) SMLMV y (7) se ordena **CONSULTAR** esta decisión ante el superior, por haber sido adversa a la demandada COLPENSIONES.

TESIS DEL JUEZ: Sostuvo, en el caso del demandante las entidades demandadas le negaron el traslado al régimen de prima media por cuanto a la fecha de la solicitud le faltaba menos de diez años para alcanzar el derecho pensional; pero, en casos como el presente y de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ, se debía determinar si la afiliación al RAIS surtió efectos o si se tornó ineficaz por no haberse cumplido el deber de información por parte de la administradora de pensiones responsable de la afiliación.

En respuesta al interrogante, el Juez concluyó que en este caso, para la fecha en que el demandante suscribió el formulario de afiliación al régimen de ahorro individual, la administradora Horizonte, hoy PORVENIR S.A., estaba obligada a entregar al posible afiliado 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, y, que, al negar el promotor del proceso que esa información no le fue suministrada, le correspondía al fondo demostrar el cumplimiento de esa obligación, en virtud de la inversión de la carga de la prueba, lo cual no ocurrió, dado que solo se aportó por Porvenir la firma del demandante en el formulario de afiliación, el cual no es prueba idónea de esa obligación, razón por la cual el acto de la afiliación se torna en INEFICAZ, consecuencia jurídica plasmada en el artículo 271 de la ley 100/93.

Explicó el juez que el demandante debe retornar al RPM a través de COLPENSIONES, como entidad administradora de dicho régimen.

El juez basó su decisión en normatividad vigente aplicable al caso (literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, sobre libre movilidad entre regímenes; artículo 271 ibidem, y el artículo 2 literal e) de la ley 797 de 2003 que modificó el 13 de la ley 100 de 1993, referente al traslado entre regímenes).

Sobre el deber de información a cargo de los fondos de pensiones, desde su creación, y los efectos de su inobservancia; así como la inversión de la carga de la prueba en cabeza del fondo privado de pensiones, el juez basa su decisión en providencias de la CSJSL (SL1452-2019 y SL1421-2019); y del Tribunal Superior en su Sala Laboral (sentencia del 27 de junio de 2019, proceso radicado 201700119).

Respecto de la excepción de prescripción alzada por los demandados, cita la decisión de la Corte Suprema de Justicia SL1689 del 8 de mayo de 2019, donde se decide que la declaración de ineficacia de traslado es imprescriptible al derivarse del derecho irrenunciable a la seguridad social y tratarse de una acción declarativa.

2.6. Recurso de apelación de PORVENIR S.A.

La apoderada de Porvenir señala, se desconocen que existen prestaciones que por su naturaleza no pueden retrotraerse, lo cual constituye un límite o excepción a los efectos retroactivos de la declaratoria de ineficacia. Así, **el recurso se presenta contra la orden de efectuar la devolución de los gastos de administración y las primas de seguro provisional**, pues esta condena a cargo de la AFP Porvenir S.A. desconoce las reglas existentes en materia de restitución mutua y el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa, por lo tanto, es inviable retrotraer las gestiones de administración de los recursos del afiliado y los valores pagados para la contratación de dicho seguro.

Explica que la ineficacia del negocio jurídico genera, como consecuencia principal, el derecho a las partes a ser restituidas al estado en el que estarían si el negocio no se hubiera celebrado, es decir, produce efectos retroactivos, y esto implica en los casos en que las partes han ejecutado una parte de las prestaciones que tenían como fuente del negocio ineficaz y que habrá lugar a que cada una reciba de regreso lo que haya dado o entregado en cumplimiento del negocio; pero, siempre y cuando sean prestaciones susceptibles de retrotraerse, lo que excluye por regla

general la hipótesis en la que se hayan ejecutado prestaciones de hacer o no hacer y los contratos de tracto sucesivo en los que ya se haya ejecutado una parte.

Que, en estos últimos supuestos, quien satisface la obligación tiene derecho a conservar la prestación correlativa que haya recibido como contrapartida, admitir lo contrario. esto es, imponer a la parte de la restitución lo que recibió a cargo de una obligación que no pueda deshacerse, desconocería los postulados de prevención del enriquecimiento sin causa.

Y, por ende, una parte se vería beneficiada por el comportamiento de la otra, quien además no tendría que pagar contraprestación alguna.

En este orden de ideas, resulta alejado del funcionamiento del RAIS considerar como un detrimento al patrimonio del afiliado la erogación correspondiente a los dineros que se destinan a cubrir los costos en los que incurre el administrador para desarrollar las actividades tendientes al cumplimiento de sus obligaciones cuyo objeto no es otro que la conservación de los recursos entregados por el afiliado.

Y, que, a la luz de la regla del sistema de seguridad social en pensiones, esos dineros tampoco hubieran ingresado como parte de los aportes para la financiación de vejez en el régimen de prima media.

2.7. Recurso de apelación de COLPENSIONES:

La apoderada de COLPENSIONES solicita, en caso de confirmarse la decisión, que además de los valores que fueron cobrados en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, **también se ordene trasladar a COLPENSIONES lo atinente a la indexación de los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales**, por cuanto el Juez omitió dicha orden.

Frente a la indexación de los gastos de administración, basa su defensa en las sentencias SL 1421, SL 1688 y SL 1689 de 2019, de la CSJ-SL.

Y, en cuanto a la prima de los seguros previsionales, solicitó se adicione igualmente la sentencia en el sentido de señalar de manera específica que PORVENIR debe trasladar a COLPENSIONES el valor de las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobreviviente, los cuales igualmente deben regresar al régimen de prima media como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado por la demandante y a efectos de no afectar el equilibrio financiero de la entidad, teniendo en cuenta que para el pago de sus respectivas pólizas las AFP efectúa un descuento directo en la cotización mensual que realizan los afiliados y que al no devolverse al RPM ocasiona ciertamente un detrimento patrimonial a COLPENSIONES, pues se estarían recibiendo aportes incompletos.

Como apoyo también citó la sentencia del 17 de noviembre de 2021 con radicado 2020-182-01, con ponencia del doctor Carlos Eduardo Carvajal Valencia.

Solicitó entonces adicionar el numeral tercero de la sentencia para que de manera expresa se disponga la indexación de los gastos de administración y la devolución de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia.

Igualmente pidió “...acceder a la petición especial contenida en el escrito de contestación de la demanda”, en la que solicitó que, en el evento de declararse la ineficacia de la filiación, se ordenara a la AFP normalizar la afiliación en el sistema de información de administradoras y a la devolución de los aportes con la respectiva entrega del archivo y detalle de esos aportes durante la permanencia del demandante en el RAIS, y actualizar la historia laboral, toda vez que los documentos resultan indispensables para que Colpensiones pueda dar cabal cumplimiento a las obligaciones impuestas.

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Respecto a los alegatos en segunda instancia, de acuerdo con la nota secretarial que precede (archivo #13, expediente digital 2da instancia, 13(1)NotaADespachoVencidoTrasladoAlegatosRicardo), y, constatado el expediente digital, se observa que ambas entidades demandadas presentaron memorial para alegar de conclusión en segunda instancia, sin embargo, **los alegatos presentados por la AFP PORVENIR S.A. son extemporáneos**, como quiera que el auto que corrió traslado para alegatos se profirió por el Magistrado Ponente el día 25 de julio de 2022 (07(2)AutoCorreTrasladoAlegatos (A)) y fue notificado a través de estados electrónicos, Nro. 114, el 26 de julio de 2022 (08(3)Estado114julio26de2022), lo que significa que las partes apelantes tenían cinco días hábiles siguientes a dicho estado para presentar el escrito de alegatos, los cuales corrieron del 27 de julio al 02 de agosto de 2022, y PORVENIR S.A. presentó sus alegatos por correo el 11 de agosto de 2022 (11(1)recepciónAlegatosPorvenir11ago2022), esto es, por fuera de la oportunidad que tenía para presentarlos y, por lo tanto, no se tendrán en cuenta.

ALEGATOS DE COLPENSIONES: Colpensiones a través de su apoderada judicial presentó oportunamente alegatos de conclusión (09(1)recepciónAlegatosColpensiones02ago2022) e insiste en las mismas peticiones formuladas en la apelación.

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

COMPETENCIA: En virtud de que la providencia de primera instancia fue apelada por la AFP 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 contra la sentencia de primer grado.

De igual forma, se tramitará conjuntamente el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA al ser desfavorable la sentencia a COLPENSIONES.

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

En relación con la legitimación en la causa por activa y pasiva no hay objeción alguna, porque la acción la ejerce 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 insaneables.

5. ASUNTOS POR RESOLVER

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

5.1. En virtud del grado de consulta:

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

Como asuntos asociados, se analizan los temas de: **(i)** el principio de la sostenibilidad financiera, **(ii)** el deber de información a cargo de las administradoras de fondo de pensiones y desde cuándo existe ese deber; y **(iii)** finalmente, quién tiene la carga de la prueba.

5.2. De ser procedente la declaración de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, en respuesta al tema sustentado en la apelación por parte de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y, en virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES, se pasa a resolver:

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico la decisión del Juez de Primera Instancia de ordenar a Porvenir S.A. que traslade al RPM administrado por Colpensiones, los gastos de administración?

¿Debió condenarse a la AFP PORVENIR S.A. al traslado a Colpensiones de los valores por concepto de (i) la indexación de los gastos de administración y (ii) las primas de los seguros previsionales?

En general, en virtud del grado de consulta, deberá establecerse:

¿Cuáles valores se deben ordenar trasladar del fondo privado a COLPENSIONES, para garantizar la estabilidad financiera del sistema de pensiones?

5.3. Luego, en virtud de la apelación de COLPENSIONES, la Sala debe verificar si hay lugar a acceder a la petición especial que realizó esta administradora en su contestación, sobre la normalización de la afiliación del demandante en el sistema correspondiente y la orden a PORVENIR S.A. de entregar en detalle los aportes realizados durante la permanencia del afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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

6. RESPUESTA A LA CONSULTA SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS:

Tesis de la Sala: La Sala concluye, se debe **MODIFICAR** parcialmente el ordinal primero de la parte resolutive de la

sentencia apelada y consultada, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado al RAIS y por ende, la permanencia del demandante en el RPM administrado hoy por COLPENSIONES, porque la administradora de pensiones AFP PORVENIR S.A. al efectuar la asesoría para el traslado en el año 2007, incumplió con el deber legal del suministro de la información al señor Ricardo Hurtado Bonilla, en forma clara y suficiente, en cuanto a los efectos positivos y negativos que acarreaba el cambio de régimen pensional, al cual estaba obligado en el momento del traslado, como se explicará más adelante.

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

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.”

(... ...)

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.

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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 original², atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 2007:

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”.

² Téngase en cuenta que ese literal modificado por el artículo 138 de la Ley 1753 de 2015.

6.6. A su vez, en el artículo 72, literal f) del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF), modificado por el art. 12, Ley 795 de 2003, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

“Artículo 72. Reglas de conducta y obligaciones legales de las entidades vigiladas, de sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios. *Las entidades vigiladas, sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios, deben obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio al interés público de conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política, para lo cual tienen la obligación legal de abstenerse de realizar las siguientes conductas: (... ..)*

f. No suministrar la información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, a los usuarios o a los clientes de las entidades vigiladas para que éstos puedan tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas;

(... ..)

Y en el numeral 1, del artículo 97, del EOSF, modificado por el art. 23, Ley 795 de 2003, se dispone:

“1. Información a los usuarios. Modificado por el art. 23, Ley 795 de 2003 .

Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.

En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que estas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios.

La obligación sobre el deber de “**información a los usuarios**”, que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, es una obligación que existe desde la versión original del EOSF.

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, aplica el artículo 1604 ibidem, el cual consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos incumbe al que ha debido emplearlo.

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

22 de noviembre de 2011 con radicado 33083; sentencia SL12136-2014; sentencia SL19447-2017; sentencias SL4964 y SL4689, ambas del 2018; sentencia SL1421-2019 y más reciente SL-1563-2022.

En 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 reciente providencia de la CSJ-SL1440-2021.

6.10. En consonancia, en estos casos, jurisprudencialmente se ha establecido **la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.**

Cumple memorar que la CSJ-Sala Laboral, ha adocitrinado que las administradoras de pensiones tienen la carga de probar que proporcionaron al afiliado asesoría integral sobre las implicaciones del cambio de régimen, teniendo en cuenta su posición en el mercado, profesionalismo y experticia, por lo que se encuentran en situación de privilegio (artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994). Por ello, en decisión SL813-2022 recordó que **“la propia legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores (artículo 11 Ley 1328 de 2009).”**

En proveído CSJ SL1688-2019, se reflexionó:

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una

posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación 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; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

6.11 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.

6.12. HECHOS PROBADOS RELEVANTES

Del examen de los medios de prueba documentales más relevantes, aportados por las partes y ordenados como pruebas en la audiencia del art. 77 del CPL, sin tachas, en conjunto con las contestaciones a la demanda por las entidades demandadas, se obtienen los siguientes hechos probados:

6.12.1. Según certificado de Asofondos, sobre el historial de vinculaciones del demandante (pág.4, 18HistoriaLaboralPorvenir), el señor Ricardo Hurtado Bonilla estuvo primariamente afiliado a COLPENSIONES, y en el año 1995 se cambió a HORIZONTE, posteriormente el 15/09/2000 nuevamente cambió de Horizonte a Colpensiones. En el año 2007, con fecha de efectividad el 01/04/2007, pasó de COLPENSIONES a HORIZONTE y, finalmente, por razón de la figura de la cesión por fusión, pasó de HORIZONTE a PORVENIR, entidad en la que actualmente está afiliado.

6.12.2. Según certificación de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., el demandante se

afilió a PORVENIR S.A., desde el 01 de abril de 2007 (página 6, archivo #18, cd. 1ª instancia).

Para probar lo anterior, la AFP PORVENIR S.A. trajo formulario de solicitud de afiliación al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE, debidamente diligenciado por el accionante, esto es, con su rúbrica o firma del servidor, en el cual pareciera tuviera fecha de solicitud el 29 de julio de 2002, y que no fue tachado ni objetado por la parte contra quien se aduce (ver documento digital, archivo #18, página 7).

Según historia laboral consolidada de PORVENIR (archivo #18, páginas 17 a 25), el demandante cuenta con 519.1 semanas para bono y 68 semanas cotizadas a otras administradoras, para un total de 1340 semanas.

6.12.3. COLPENSIONES adjuntó el reporte de semanas cotizadas en pensiones a dicha administradora, en la que se puede evidenciar que **el demandante estuvo cotizando al RPM con un total de 387,57 semanas**, con fecha de afiliación inicial el 19/07/1985, con aportes hasta el 04/11/1986, luego, desde el 01/10/1995 hasta el 31/10/2002, y, de allí, luego le registran aportes entre el 01/02/2007 al 31/05/2007 (páginas 4 y 5, archivo #10, 10HistoriaLaboralColpensiones).

6.12.4. De acuerdo con el interrogatorio de parte absuelto por el demandante (minuto 00:13:57, 23AudioSentenciaArt.77-80Cptss-11-02-2022), en cuanto al traslado de régimen, dijo que en ese tiempo en la Alcaldía, fueron varios fondos (Colpensiones, Horizonte, Porvenir y Protección), e iban y le hacían firmar los formatos de inscripción para el fondo y le prometían muchas cosas, pero no recuerda nada más.

CONCLUSIONES:

1. Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados y las contestaciones de la demanda,

aparece debidamente probado que el actor cotizó, tanto en RPM como en el RAIS, y que reporta un primer traslado de régimen pensional, del ISS a HORIZONTE, en el año 1995, según Asofondos.

Si bien en la historia laboral de Colpensiones (antes ISS), registra aportes pagados en el régimen de prima media desde 01/10/1995, hasta el 31/10/2002 y luego del 01/02/2007 al 31/03/2007, en esa historia laboral, en la parte denominada “detalle de pagos efectuados a partir de 1995”, esos ciclos de aporte reportan devueltos al régimen de ahorro individual. En todo caso, **el último cambio de régimen pensional, del RPM al RAIS, operó el 01 de abril de 2007, de COLPENSIONES a HORIZONTE (hoy PORVENIR), y desde esa fecha el demandante ha mantenido en el RAIS a través de PORVENIR S.A.**

2. Por otra parte, del examen en conjunto de los medios de convicción documentales aportados con la demanda y su contestación, esta Sala advierte que la pasiva AFP PORVENIR S.A. (antes HORIZONTE), estando obligada, no demostró en el proceso que en el año 2007, cuando se suscribió el último traslado de régimen pensional por parte del señor Ricardo Hurtado Bonilla, le hubiese dado a conocer al demandante en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, de las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, y con tal conducta procesal, cabe predicar que el demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable; ya que si se le explica desde el principio el manejo de la cuenta individual, que los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado, los factores que inciden en el monto de la pensión; la persona tiene una información precisa, con la cual puede deducir si acepta, o no, el traslado.

Este deber de información clara y completa de los dos regímenes, sí estaba vigente para la fecha del traslado, en el año 2007, cuando se dio la afiliación efectiva a PORVENIR S.A., acorde con la interpretación sistemática del literal b) del artículo 13, en conjunto con el artículo 271, ambos de la Ley 100 de 1993; en consonancia con los artículos 72, literal f) y numeral 1, del artículo 97, ambos

del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), con sus modificaciones.

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 en precedencia.

4. La Sala no acoge los argumentos de Porvenir, porque con la sola firma del formulario no se prueba la elección libre y voluntaria del traslado, dado que, como lo ha sostenido la CSSJL, ese formulario preimpreso sólo acredita un consentimiento, pero no informado.

Por manera que no basta adherirse a una cláusula genérica sino que se debe demostrar por el fondo privado que al afiliado se le dieron a conocer todos los elementos definitorios de los dos regímenes pensionales y que tuvo pleno conocimiento de la trascendencia de la decisión que estaba tomando. Así, era Porvenir S.A., por ser la entidad a la que fueron trasladados automáticamente los afiliados de Horizonte, por cesión por fusión, en quien recaía la carga de probar el cumplimiento de ese deber conforme al artículo 167 del CGP, pues si el accionante sustentó su pretensión en la falta o en la indebida información por parte de dicha administradora, está aludiendo o poniendo de presente que la accionada incumplió el deber de asesoramiento, lo cual constituye una negación de carácter indefinido y por ello radicaba en cabeza de esa demandada probar que sí cumplió con su deber legal, toda vez que la demostración de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearla.

5. Por último, la Sala advierte que la decisión de declarar la ineficacia del traslado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, ni del régimen de prima media, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el

reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJSL, sentencia SL2877-2020).

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

Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la declaración, pero de la ineficacia del traslado, y no de la afiliación, proferida en la sentencia de primera instancia, ya que un traslado de régimen sin haber precedido el consentimiento informado que presupone una información completa y veraz suministrada por la Administradora, la consecuencia derivada es su ineficacia.

En ese orden de ideas, al declararse la ineficacia de traslado de régimen pensional, se debe retornar al RPM con prestación definida al cual estaba inscrito en el año 2007, administrado hoy por COLPENSIONES.

7. RESPUESTA A LA ORDEN DE DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y DE LOS DEMÁS VALORES A DEVOLVER COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACION AL RAIS, PARA CONTESTAR LAS APELACIONES Y LA CONSULTA:

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

Se confirman los valores ordenados trasladar y descontados con destino al fondo de garantía de la pensión mínima; al igual que lo referente a los bonos pensionales.

Pero, se adiciona la sentencia de primera instancia para ordenar la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, los valores pagados por las primas de los seguros previsionales y en sede de consulta se ordena la devolución adicional de las sumas adicionales de las aseguradoras, aclarando que sobre éstos últimos sólo procede en el evento en que se hayan causado.

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

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

Es procedente la condena atinente a la devolución de los gastos de administración que se recibieron mientras el señor RICARDO HURADO BONILLA permaneció afiliado a ese fondo privado, por vía de la aplicación de la doctrina probable emanada de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiterada por ejemplo en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, al afirmar:

*“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. **Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga [a] las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL***

31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)". (Negrilla fuera del texto original).

Esta línea se reitera en providencia SL4174 del 2021, en la cual la CSJ-SCL expuso la justificación para que proceda el traslado de sumas tales como saldo de la cuenta individual, sus rendimientos, los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, entre otros:

“También se ha dicho por la Sala que una vez se declara la ineficacia, debe la administradora de pensiones trasladar a Colpensiones, en este caso Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías, además del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración debidamente indexados, puesto que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

Por tal razón, tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas

debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)." (Se resalta con intención).

En consecuencia, no es viable lo pretendido por PORVENIR S.A. en su recurso de apelación, pues la ineficacia del traslado deriva en la obligatoriedad de ordenar la devolución de cotizaciones, rendimientos, y gastos de administración, entre otros, amparado en la premisa desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ-SCL, SL4360-2019).

Por lo expuesto, se confirma la decisión de primera instancia, adicionando en sede de consulta – a favor de COLPENSIONES- la indexación de los valores descontados por los gastos de administración, con el fin de que conserven su valor actualizado al momento de su devolución.

El mismo precedente atrás expuesto, sirve de sustento para confirmar la devolución de bonos pensionales (en caso de que estén en poder del fondo privado).

Sobre este punto y para responder la apelación de la apoderada de Porvenir S.A., en las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos.

Y es que, según el precedente de la CSJSL, *"...el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las **restituciones mutuas** que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, **la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.**"* (SL3349-2021) – Negrilla por la Sala-.

Así, la declaratoria de ineficacia conllevaría, entonces, a la devolución con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual y que ordenó el juez, más los valores que esta Sala de Tribunal adicionará en virtud del precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la CSJ, con valor de doctrina probable.

7.2. En cuanto a las sumas por concepto de la cotización destinada a la garantía de pensión mínima: la Sala estima procedente en sede de consulta mantener la decisión de que PORVENIR S.A. proceda a su devolución, 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, en el RPM la cotización también habría obtenido rendimientos, se habrá de CONFIRMAR la parte resolutive de la

sentencia consultada, por ser procedente la devolución por parte de la AFP Porvenir S.A. de las sumas que haya descontado con destino a la garantía de pensión mínima, de la cotizaciones obligatorias que mes a mes recibió a nombre del demandante **Ricardo Hurtado Bonilla**, en tanto se trata de un rubro que en la actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada.

7.3. En relación con la **devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras**, analizado el tema en consulta, se adicionará la decisión de primera instancia que no ordenó la devolución de tal concepto, precisando que tal devolución sólo resulta procedente, siempre que se hayan causado, conforme se expuso por esta Sala en anteriores casos, entre otros, en el proceso ordinario laboral con radicado 2021-00006: *“La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 08 de septiembre de 2008, radicación No. 31989, consideró que **es procedente la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora**. Lo anterior, ha sido ratificado en providencias SL2611-2020, SL4863-2021 y SL2601-2021. Asimismo, lo determinó en sede de instancia y en sus partes resolutivas en fallos SL1467-2021 y SL2953-2021.*

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

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

7.4. En respuesta al segundo punto alegado por Colpensiones en su apelación, estima la Sala necesario abordar también el punto sobre la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR para la adquisición de los seguros previsionales, ya que son valores que hacen parte de la cotización y su devolución surge dentro de los efectos de la inexistencia del traslado, como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, 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 inexistencia, 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 inexistencia, en tanto las dos figuras dan a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, 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 que corresponde para que se pudiera proferir una decisión en concreto si llegare a ser procedente, por lo que también, por falta de prueba es imposible que no prospere lo referente a la devolución de las primas del seguro previsional, que como ya se dijo, se entienden incluidas en la devolución de la cotización completa al RPM. Es decir, en sede de consulta, se adiciona la sentencia consultada en este aspecto.

No sobra señalar, en decisión SL-500-2022, la CSJSL precisó que los fondos privados se encuentran en la obligación de trasladar la Administradora Colombiana de Pensiones, aquellas sumas de dinero utilizados en seguros previsionales.

8. RESPUESTA A LA PETICIÓN ESPECIAL REALIZADA POR COLPENSIONES:

Colpensiones en su escrito de contestación a esta acción, realizó una petición especial, de ser procedente la ineficacia de la afiliación al RAIS, se ordenará a la administradora del fondo privado normalizar la afiliación en el sistema correspondiente y a su vez se entregara el archivo y detalla de los aportes de la afiliada.

Frente a esta solicitud, la Sala avala el pedimento, en aras de que Colpensiones cuenta con la información que sea necesaria para verificar la totalidad del monto de los aportes para un eventual reconocimiento pensional.

Esta solicitud encuentra sustento en la decisión SL007-2023 en donde la CSJSL indicó: *“...Por ello y, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se ordenará que Porvenir S.A. (...) Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, tal como se adocrinó en sentencias CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2297-2021, CSJ SL3719-2021.”*

Por lo expuesto, en sede de consulta es procedente adicionar la resolutive de la decisión de primera instancia, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. que normalice la afiliación del demandante en el sistema que corresponda y proceda también a entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes del señor RICARDO HURTADO BONILLA conforme se petitionó por la administradora del RPMPD, ya que dicho pedimento no fue objeto de pronunciamiento por el A quo.

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

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verifica si procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha del traslado y la presentación de la demanda, transcurrió más de tres años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 2007.

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, 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 del afiliado 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.

Se insiste, la CSJSL tiene decantado, en fallos CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, reiterados en decisión del 16 de marzo de 2022, SL813-2022, entre otros, que la acción encaminada a la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen de pensiones es imprescriptible.

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.

10. COSTAS

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

El Magistrado Ponente fijará las agencias en derecho, en la oportunidad procesal.

No se condena en costas a COLPENSIONES porque su recurso de apelación tuvo prosperidad.

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: MODIFICAR PARCIALMENTE el ordinal Primero, solo en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS y **ADICIONAR** el **ORDINAL TERCERO** de la parte resolutive de la Sentencia Nro. 09 de 2022, proferida el día once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022), objeto de la presente apelación y consulta, proferida en audiencia de oralidad de trámite y juzgamiento por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA), dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor RICARDO HURTADO BONILLA contra COLPENSIONES Y OTRO, en el sentido de ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. que proceda también a devolver y depositar a COLPENSIONES los gastos de administración indexados, las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales y la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, siempre que éstas últimas se hayan causado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Se **ADICIONA** la sentencia apelada y consultada dentro de este proceso, para que, la APF PORVENIR S.A. normalice la afiliación del demandante en el sistema correspondiente y entregue a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes del actor, RICARDO HURTADO BONILLA. Esto es, que al momento de cumplirse las órdenes impartidas dentro de este proceso, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos aportes, ciclos y demás información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: SE CONDENA únicamente en costas de segunda instancia a la AFP PORVENIR S.A., a favor del demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

Proceso Ordinario Laboral. Apelación sentencia y consulta. Expediente Radicado Nro. 19-001-31-05-003-2020-00223-01. Ricardo Hurtado Bonilla vs. COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Sentencia.

QUINTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** la presente sentencia a las partes por **ESTADO ELECTRÓNICO**, para su conocimiento, con inserción de la providencia, de conformidad con el artículo 9º de la Ley 2213 de 2022.

SEXTO: En su debida oportunidad, devuélvase el expediente digital al juzgado de origen.

Los Magistrados,



Firma válida
providencia judicial

LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO PONENTE

(CON SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO)



Firma válida
providencia judicial

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL



Firma válida
providencia judicial

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL