

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	PATRICIA SÁNCHEZ CARRASQUILLA
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.
RADICADO Nro.	19-001-31-05-003-2021-00195-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS - PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	Se MODIFICA PARCIALMENTE el ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada y consultada, únicamente para declarar la <u>ineficacia del traslado</u> del RPM al RAIS. SE ADICIONA el ORDINAL TERCERO de la sentencia impugnada para incluir la indexación de los valores a devolver a Colpensiones y la normalización de la afiliación de la demandante junto con el detalle pormenorizado de aportes. 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 ambas partes demandadas, y **el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES**, contra la Sentencia Nro. 35 del veintisiete (27) de julio de dos mil veintidós (2022), proferida en primera instancia, en audiencia de oralidad de trámite y juzgamiento, por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYAN, CAUCA, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL de la referencia.

Se DEJA CONSTANCIA que por error involuntario el recurso de apelación propuesto por COLPENSIONES no fue incluido dentro del auto admisorio emitido por el Magistrado Ponente, por lo que también se procede a su estudio, por cuanto compete el análisis de la totalidad de argumentos expuestos en ambos recursos propuestos de forma oral en la audiencia de primera instancia y concedidos por el Juez de Primera Instancia, de lo cual tuvieron conocimiento ambas partes; advirtiéndose que esta situación no afecta el trámite surtido en esta instancia, en tanto se surtieron los traslados pertinentes.

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

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende la demandante: (1) se **DECLARE la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS**, a través de la AFP PORVENIR S.A., declarando que siempre ha estado afiliada válidamente a COLPENSIONES, sin solución de continuidad, y, en consecuencia;

(2) se **CONDENE** a la AFP PORVENIR S.A. a devolver al RPMDP todos los valores que hubiese recibido por motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales y sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos como rendimientos financieros, intereses y gastos administrativos; (3) **se CONDENE a COLPENSIONES** a validar los aportes en pensiones y que fueron trasladados por la AFP Porvenir S.A., y a incorporarlos a la historia laboral en pensiones de la asegurada; y, finalmente, (4) **se condene** en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas. (03Demanda).

Como **fundamentos fácticos relevantes** manifiesta, fue trasladada del RPMDP al RAIS el 30 de mayo de 1995, pero, se omitió por parte del fondo privado su obligación de buen consejo, al no brindarle una información clara y completa de los beneficios, contras y/o consecuencias del traslado. Y, que, el 2 de Julio de 2021 solicitó información al RAIS de su pensión y la aceptación del posible traslado, recibiendo respuesta automática el 08 de julio de 2021, negando la misma.

En los fundamentos de derecho la parte actora explica que la asegurada no fue informada sobre las consecuencias futuras e implicaciones del cambio de régimen pensional y, por lo tanto, fue engañada en su buena fe, prometiéndole mejores condiciones para su pensión y vulnerando con ello normas constitucionales y legales.

2.2. Contestación por la AFP 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 la demandante es una persona capaz a la luz del artículo 1502 del C.C., quien conforme lo señala el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1994 manifestó de forma libre y voluntaria su decisión de traslado de administradora dentro del RAIS al momento de suscripción del formulario de vinculación, por lo cual el acto de vinculación por traslado es válido; además, la demandante recibió 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; agrega, 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.

Adicionalmente mencionó la teoría de “la inversión de la carga de la prueba” que se pretende aplicar a situaciones que tuvieron ocurrencia hace más de 18 años atrás, señalando que no resiste un análisis ponderado y serio, toda vez que ésta en principio incumbe a la demandante y en todo caso, en aplicación del sistema de carga dinámica, corresponde a quien tenga la capacidad de demostrar un hecho procesal, en el caso *sub-lite* es ausente por inexistente.

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 el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, y (10) debida asesoría del fondo (07.ContestacionDemandaPorvenir, expediente digital de primera instancia).

2.3. Contestación por COLPENSIONES:

COLPENSIONES contestó la demanda a través de su apoderada judicial y luego de responder a cada uno de los hechos, se opuso a todas las pretensiones que comprometan sus intereses, porque no existe prueba documental que demuestre que al actor no se le hubiera ofrecido una debida asesoría, por el contrario, se evidencia negligencia de aquel para efectuar el retorno al RPMPD durante su permanencia al RAIS (09.contestaciondemandacolpensiones, ibidem).

En el evento de declararse la nulidad y/o ineficacia del traslado, solicitó se ordene trasladar a dicha administradora todos los valores y sumas generados como consecuencia de la afiliación del demandante en el RAIS.

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) 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, (3) la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso, (4) errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C., (5) indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales - vulneración del principio de la confianza legítima, (6) inoponibilidad por ser tercero de buena fe, (7) inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia del traslado de régimen, (8) se otorga un alcance que no corresponde al contenido de los decretos 663 de 1993 y 692 de 1994, en cuanto a la voluntad vertida en el formulario de afiliación, (9) responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, (10) sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, (11) improcedencia de la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados, y (12) prescripción.

2.4. Decisión de primera instancia:

El JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYAN, CAUCA, se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento, concentrada, el veintisiete (27) de julio de dos mil veintidós (2022), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA Nro. 35**, en la cual resolvió: **(1) DECLARAR** la ineficacia de la afiliación en pensiones de la demandante PATRICIA SÁNCHEZ CARRASQUILLA, a la AFP PORVENIR S.A., suscrita el

30 de mayo de 1995; y, como consecuencia, **(2) DECLARAR** que, para todos los efectos legales, la 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 la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, como administradora del Régimen de Prima Media, del total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a la administradora COLPENSIONES, junto con los bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido, las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual de la demandante por concepto de gastos de administración debidamente indexadas, lo descontado con destino a la garantía de pensión mínima y para el pago de las primas de seguros previsionales; **(4) ORDENAR** a COLPENSIONES recibir los valores trasladados por la AFP PORVENIR S.A y correspondientes a la demandante; **(5) DECLARAR** como no probadas las excepciones de fondo propuestas por ambas demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES; y **(6) se condena** a la demandada PORVENIR S.A. al pago de las costas.

TESIS DEL JUEZ: El juez sostuvo, en el caso de la demandante las 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 y por no cumplir con los requisitos del régimen de transición; pero, en casos como el presente y, de conformidad con la jurisprudencia reiterada de la Sala Laboral de la CSJ, se debía examinar 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 la demandante suscribió el formulario de afiliación a la administradora Porvenir, estaba obligada a entregar previamente una información clara, cierta, precisa y oportuna de los aspectos favorables y desfavorables de la decisión a tomar para que la misma fuera libre y voluntaria, y, que, al negar la promotora del proceso que esa información 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 como prueba por Porvenir el formulario preimpreso, 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 art. 271 de la Ley 100/93, que es imprescriptible.

El Juez basó su decisión en el literal b) del art. 13 y art. 271 de la Ley 100 de 1993, la libre movilidad entre regímenes, y la jurisprudencia de la CSJSL (SL1452-2019, SL1421-2019 y SL1689-2019, entre otras).

2.5. Recurso de apelación de PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación frente a la orden impartida en la sentencia de primera instancia, **con respecto a la orden de restituir los valores que se cobraron a título de cuotas de administración y comisiones**, por desconocer las reglas sobre restituciones mutuas (artículo 1746 del Código Civil), ya que, a pesar de que Porvenir S.A. ejecutó cabalmente sus obligaciones y en tal virtud generó una rentabilidad a la afiliada, aquellas gestiones se dejarían sin la correlativa compensación a la que tiene derecho la entidad y, además, resulta imposible retrotraer los efectos de las labores de la administración desarrolladas por la AFP que ya se encuentran consolidadas; además, la devolución de las sumas percibidas rompe el equilibrio que deben mantener o propender en las restituciones mutuas, y el carácter retroactivo de la declaratoria de ineficacia no puede servir para generar un enriquecimiento injustificado para la parte demandante.

De otra parte, **cuestiona la orden de restitución de los valores correspondientes a las primas de seguros previsionales** como quiera que el contrato de seguro es un contrato de tracto sucesivo y es claro que una vez agotado el término por el cual se adquirió la cobertura, el asegurado devengó de manera definitiva la totalidad de la prima acordada como se colige del artículo 1070 del Código de Comercio. Que, además, el contrato de seguro previsional se

hizo en cumplimiento de una obligación legal conforme el artículo 108 de la Ley 100 de 1993, y no puede retrotraerse, pues fueron entregados a las aseguradoras y no se encuentran en poder de la AFP, siendo destinadas al cubrimiento de los riesgos asegurados de la invalidez o de la muerte.

Adicionalmente, señaló que, si estamos hablando de devolución de sumas adicionales, éstas tampoco procederían, pues dichas sumas solo se generan en el momento en que se constituye el riesgo asegurable (invalidez o muerte).

2.6. Recurso de apelación de COLPENSIONES:

La apoderada judicial de COLPENSIONES sustentó oportunamente recurso de apelación contra la decisión de primer grado en los siguientes términos:

*“...que la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante del RAIS – Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en los términos solicitados en el libelo, sin lugar a duda afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, advirtiendo que este principio se encuentra en el artículo 48 de la C.P. que obliga al Estado a garantizar la **sostenibilidad financiera del sistema pensional**.*

En este punto, se pone de presente la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional en materia de traslado en materia de traslado, en la Sentencia C-1024 de 2004 y en Sentencia Unificada 062 de 2010, que indican que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media se descapitalizaría.

Así mismo, dentro de la aludida jurisprudencia la Corte recordó “el derecho a la libre elección de los distintos regímenes pensionales previstos en la ley no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que por

su misma esencia pueden conducir al establecimiento de una diversidad de tratos”.

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Respecto a los alegatos en segunda instancia, de acuerdo con la nota secretarial (archivo #17, expediente de segunda instancia), suscrita por el secretario de esta Sala y constatado el expediente digital, se recibieron alegatos por parte de las apoderadas judiciales de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. y el apoderado del demandante.

Sin embargo, constatado el expediente digital, **en el caso de la AFP PORVENIR S.A., sus alegatos son extemporáneos**, como quiera que el auto que corrió traslado para alegatos se profirió por el Magistrado Ponente el día 08 de septiembre de 2022 (07(2)AutoTrasladoAlegatosTérminoNoComún) y fue notificado a través de estados electrónicos, Nro. 146, el 09 de septiembre de 2022 (08(2)Estado146septiembre09de2022), lo que significa que la parte apelante – Porvenir- tenía cinco días hábiles siguientes a dicho estado para presentar el escrito de alegatos, los cuales corrieron en los días hábiles del 12 al 16 de septiembre de 2022, y PORVENIR S.A. presentó sus alegatos por correo el 19 de septiembre de 2022 (15(1)CorreoRemiteAlegatosPorvenir), esto es, por fuera de la oportunidad que tenía para presentarlos y, por lo tanto, no se tendrán en cuenta.

3.1. Alegatos de COLPENSIONES:

La apoderada judicial de Colpensiones allegó escrito de alegatos (10(5)AlegatosColpensiones), en donde ratifica los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, ya que para el momento del traslado NO les era exigibles a los fondos documentar las asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de afiliación, pues esta es una carga que la jurisprudencia impuso, lo contrario, implica imponer cargas a los fondos no previstos por el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que los fondos teniendo la facultad legal para hacerlo

optaron por no constituir otros documentos por fuera del formulario, prueba de ella es que en ninguno de estos procesos cuentan con otras pruebas y así lo han manifestado en estos procesos, por manera que exigirles otros mecanismos probatorios distintos al formulario en la actualidad es obligarlos a lo imposible. De ahí que, a su juicio, es necesario que el operador jurídico considere que lo que está ocurriendo en los asuntos como el que nos ocupa, NO es porque el fondo privado incumplió, sino porque ocurrió un cambio normativo

Considera, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en los términos en que fue modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado que en su momento efectuó el actor, pues éste no hace parte de la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002 para retornar al RPM en cualquier tiempo.

Por último, solicitó indexar todos los valores ordenados devolver a Porvenir, a través del grado jurisdiccional de consulta y para proteger el interés público.

3.2. Alegatos de la parte demandante:

Solicita, en el evento de confirmar la sentencia de primera instancia, esta sea adicionada en el sentido de condenar en costas y agencias en derecho a los apelantes en esta instancia, en la tasa máxima permitida según el Acuerdo PSAA16-10554 en sus artículos 5 y 2.

A su vez, pone de presente el artículo 366 del Código General del Proceso en su numeral 4º, sobre la fijación de agencias en derecho. Lo anterior a razón del desgaste desmesurado del aparato judicial por parte de los demandados, afectando así los principios de celeridad, economía y eficacia procesal, los cuales buscan garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia, sin dilaciones y demoras injustificadas (14(1)AlegatosDemandante, cuaderno del Tribunal).

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 la presunta titular del derecho reclamado, en contra de las personas jurídicas eventualmente obligadas a reconocerlo.

El funcionario judicial que conoció del asunto es el competente y el trámite satisfizo las exigencias de forma previstas en la ley.

Por lo tanto, se cumplen todos los presupuestos procesales, sin encontrarse nulidades insanables.

5. ASUNTOS POR RESOLVER

Para dar respuesta a lo solicitado por la parte actora en sus alegatos, deber advertir la Sala, ciertamente el estudio de la condena en costas en segunda instancia es un tema que devine inexorable y la condena depende si el recurso resulta desfavorable para la parte que lo promovió.

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 en favor de COLPENSIONES:

¿Procede la declaración de ineficacia de afiliación de la demandante, Patricia Sánchez Carrasquilla, del RPM al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A.?

Como asuntos asociados, se analizarán los siguientes temas alegados en las apelaciones: (i) si con la decisión de declarar la ineficacia del traslado al RAIS se afecta el principio de la sostenibilidad financiera; (ii) el deber de información a cargo de las administradoras de fondo de pensiones y (iii) quién tiene la carga de la prueba de demostrar la debida información.

5.2. De ser procedente la declaración de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, en respuesta a la apelación de PORVENIR S.A., se pasa a resolver:

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico la decisión del juez de ordenar a Porvenir S.A. que traslade al RPM, administrado por Colpensiones, los gastos de administración y las sumas descontadas por concepto de seguros previsionales?

La Sala se abstiene de abordar el estudio del tema apelado por Porvenir sobre las sumas adicionales de la aseguradora, toda vez que no fue objeto de condena en primera instancia.

Además, en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, como se ha hecho en otros casos similares por esta Sala, se estudiará:

¿Cuáles valores son los que se deben ordenar trasladar del fondo privado PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, debidamente indexados, para garantizar la estabilidad financiera del sistema de pensiones?

5.3. En sede de consulta en favor de Colpensiones, se debe verificar 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 DE LA AFILIACIÓN AL RAIS Y/O TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL:

Tesis de la Sala: La Sala concluye, se debe MODIFICAR PARCIALMENTE el ORDINAL PRIMERO de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, únicamente para declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS, efectuado por la demandante; y no la ineficacia de la afiliación al fondo privado, como lo hizo el Juez de Primera Instancia.

Se confirma la decisión de permanencia de la demandante en el RPM administrado hoy por COLPENSIONES, contenida en la sentencia objeto de consulta, porque la administradora de pensiones PORVENIR S.A. al efectuar la asesoría para el traslado en el año 1995, 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.

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

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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 podía 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 (modificado por el artículo 138 de la Ley 1753 de 2015), 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”.

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 de la afiliación en el año 1995, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

“Artículo 72. Reglas de conducta de los administradores. Los administradores de las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria deben obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio a los intereses sociales, absteniéndose de las siguientes conductas:

(... ...)

f. Abstenerse de dar la información que, a juicio del Superintendente Bancario, deba obtener el público para conocer en forma clara la posibilidad que la institución tiene de atender sus compromisos. (... ...)

Y en el numeral 1, del artículo 97, del EOSF, en su versión original se disponía:

Artículo 97: Información:

“1. 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.”

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.

6.6. Por medio del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, 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.

6.7. 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.

6.8. 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 (Rad. 33083); sentencia SL12136-2014; sentencia SL19447-2017; sentencias SL4964 y SL4689, ambas del 2018; sentencia SL1421-2019.

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 desvirtuarse 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.

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

Así lo consigna en la sentencia 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.

6.10.2. Si bien con el documento anterior, cuya imagen se incluye en esta providencia, no se evidencia vinculación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a través del ISS o cajas del sector público o privado; revisado todo el plenario enviado mediante PDF, Colpensiones allegó con destino a este proceso el expediente administrativo correspondiente a la señora Patricia Sánchez Carrasquilla, encontrándonos que se afilió al ISS el 06/12/1988 (Ver: GRP-SCH-HL-66554443332211_2176-20220131092350, de la Carpeta 11.Expediente Administrativo), y tiene cotizadas en dicho régimen 211,71 semanas, entre dicha fecha y el 09/04/1993, siendo su estado de afiliación: TRASLADADO.

De acuerdo con la historia laboral consolidada del Fondo de Pensiones Porvenir S.A., anexada por dicho fondo privado, generada el 03/02/2022, la señora PATRICIA SÁNCHEZ CARRASQUILLA se encuentra afiliada actualmente a dicho fondo, con **un total de 1.634 semanas en toda su vida laboral**, de las cuales tiene 320.4 semanas aparecen válidas para bono pensional, cotizadas entre el 06/12/1988 y el 29/05/1995; y 1313.8 semanas las cotizó al fondo privado. (páginas 62 a 71, archivo #08).

6.10.3. En su interrogatorio de parte, la señora PATRICIA SÁNCHEZ CARRASQUILLA (Minuto 0:34:10, 19.VideoAudiencia) indicó que ella se encontraba laborando en la Dirección Departamental de Salud cuando ocurrió su traslado a Porvenir S.A. Explicó que ella se encontraba en Colpensiones y en ese tiempo les dijeron que tenían que trasladarse a un fondo privado – Porvenir-. Dijo también la demandante que ella es *Técnica Administrativa* y negó que Porvenir le hubiera brindado alguna asesoría en su momento.

CONCLUSIONES:

1. Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados y las contestaciones de la demanda, aparece debidamente probado, en el momento del traslado al RAIS, el 30 de mayo de 1995, la señora Patricia Sánchez Carrasquilla

presentaba afiliación inicial al régimen de prima media administrado por el ISS, hoy Colpensiones, desde el año 1988, contando con más de 211,71 semanas cotizadas.

2. Por otra parte, del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados con la demanda y su contestación, junto con el interrogatorio de parte a la demandante, esta Sala advierte que la pasiva PORVENIR S.A., estando obligada, no demostró en el proceso que en el año 1995 cuando suscribió solicitud de traslado la demandante, le hubiese dado a conocer a la señora PATRICIA SÁNCHEZ CARRASQUILLA 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; 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 y 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 1995, 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).

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 las providencias transcritas.

Para tal efecto, debe tenerse en cuenta que, con la sola firma del formulario, como ocurre en este caso, 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 a la afiliada 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, lo cual se echa de menos en el caso del actor.

Además, no constituyen indicios serios de la validez del traslado, el hecho de permanecer en el RAIS desde 1995 sin presentar observaciones o queja y no efectuar el derecho a retractarse dentro de los plazos.

A su vez, es a Porvenir S.A. en quien recae la carga de probar el cumplimiento de ese deber conforme al artículo 167 del CGP, pues si la accionante sustentó su pretensión en la falta o en la indebida información por parte de esta 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 radica 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, esto es, a la AFP.

4. Por último, para dar respuesta al recurso de apelación de Colpensiones, 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 de la afiliada, cuando cumpla los requisitos legales, garantizándose así la sostenibilidad financiera de dicho fondo.

Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la decisión de ineficacia, pero, modificándola en el sentido de declarar INEFICAZ EL TRASLADO, y no 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 AFP, la consecuencia derivada es su ineficacia.

5. Ahora, en virtud de la teoría del acto de relacionamiento, lo cual permite suponer el deseo de continuar en dicho régimen, a criterio de la CSJSL, es una discusión inminentemente casuística que no pueden convertirse en reglas generales de criterio, sino en consideraciones intrínsecamente atadas a lo que se ponga de manifiesto dentro del litigio; y, en este caso, al momento de efectuarse el traslado de la demandante al RAIS, se insiste, aquella no contaba con todos los elementos suficientes para tomar la decisión que le conviniera, lo que conduce a que el acto jurídico de traslado sea INEFICAZ desde su nacimiento, sin que ello se sanee por el solo hecho de efectuar aportes y no retractarse, pues, tal como lo señaló la parte actora en su demanda, el traslado se hizo sin el cumplimiento de los requisitos legales, ante la ausencia de información suficiente frente al acto de traslado y sus consecuencias.

En reciente decisión SL563-2023, la CSJ-SL, Sala de Descongestión Nro. 02, recordó que es inadecuado encontrar saneada la omisión endilgada en los actos de relacionamiento (CSJ SL1561-2022) o por el desinterés del potencial afiliado en conocer más datos sobre el sistema o en el grado de instrucción de este (CSJ SL3349-2021).

6. Por demás, importa resaltar, no es necesario estar *ad portas* de causar el derecho o tener un derecho causado, lo que la Corte ha limitado es regresar al RPM cuando al afiliado le ha sido reconocida la pensión de vejez, por tratarse dicho estatus de una situación

jurídica inmodificable, lo que no es el caso de la señora PATRICIA SÁNCHEZ CARRASQUILLA que aún conserva la calidad de afiliada al sistema general de pensiones (CSJSL, decisión del 31 de mayo de 2022 (SL1798-2022, Radicación N.º 89558).

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 inscrita la actora desde el año de 1988, administrado hoy por Colpensiones.

7. RESPUESTA A LA ORDEN DE DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y LO DESCONTADO POR SEGUROS PREVISIONALES, Y DE LOS DEMÁS VALORES A DEVOLVER COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RAIS, PARA CONTESTAR EL RECURSO DE APELACIÓN DE LA AFP PORVENIR S.A. Y EL GRADO DE 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, indexadas, porque, de no hacerlo, se produce una desmejora en el capital que va a recibir Colpensiones para financiar la pensión de la 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 y los valores pagados por las primas de los seguros previsionales; al igual que lo referente a los bonos pensionales.

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 la señora PATRICIA SÁNCHEZ CARRASQUILLA permaneció afiliada 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)."

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 en este punto la decisión de primera instancia, avalando la procedencia de 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, como lo determinó el a quo.

El mismo precedente atrás expuesto, sirve de sustento para confirmar la devolución de bonos pensionales, si fuere el caso.

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 conlleva 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 confirmar 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 (Ver sentencia de la CSJ- SL563-2023).

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 de la demandante PATRICIA SÁNCHEZ CARRASQUILLA, en tanto se trata de un rubro que en la actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada.

7.3. También estima la Sala necesario abordar 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, 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 RAIS 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 respuesta a la apelación del fondo privado, se confirma la sentencia apelada en este aspecto.

No sobra señalar, en decisiones SL-500-2022 y SL474-2023, 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

7.5. SOBRE LA INDEXACIÓN DE LOS CONCEPTOS A DEVOLVER POR PARTE DE PORVENIR S.A., CON DESTINO A COLPENSIONES, CONCRETAMENTE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, APORTES PARA EL FONDO DE GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA Y LAS PRIMAS DE LOS SEGUROS PREVISIONALES:

Para esta Sala, resulta procedente que a través del grado de jurisdiccional de consulta surtido a favor de la entidad pública demandada y acorde con la línea de pensamiento de la CSJ-SCL, ante la solicitud elevada por COLPENSIONES en su escrito de alegaciones en segunda instancia, se adicionará el ordinal tercero de la resolutive de la sentencia impugnada, para ordenar que los conceptos a devolver, atinentes no sólo a gastos de administración sino aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, deberán ser debidamente indexados por la AFP PORVENIR, al momento de su devolución a la administradora COLPENSIONES.

Lo anterior, teniendo en cuenta lo señalado por la CSJ-SCL, por ejemplo, en sentencia SL4174 del 2021, la SL629-2023 y recientemente la SL769-2023 donde se señaló expresamente:

*“Por lo dicho Protección S. A, Old Mutual, Porvenir S. A. y Colfondos S. A. deben reintegrar los valores cobrados a título de gastos de administración, comisiones, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, **sumas debidamente indexadas y que les corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos (CSJ SL5292-2021), pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones.** Colfondos S. A. además, deberá devolver la totalidad de los aportes pensionales que actualmente se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus respectivos rendimientos y bonos pensionales.”²*

La misma posición fue asumida por la CSJSL en sentencia del 28 de junio de 2023 (SL1479-2023, Radicación n° 91900).

² Negrita fuera de texto original

Así las cosas, ante la solicitud elevada por COLPENSIONES, en su escrito de alegaciones en esta instancia y en aplicación de la línea de pensamiento de la CSJ-SCL, se adicionará el ordinal tercero de la sentencia consultada, para ordenar la devolución indexada de los conceptos atinentes a gastos de administración, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, con el fin de que conserven su valor actualizado al momento de su devolución, conforme a la jurisprudencia en cita, ello en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de COLPENSIONES.

Y, por último, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, siguiendo el precedente de la CSJSL en sentencia del 28 de junio de 2023 (SL1479-2023, Radicación n° 91900), se adicionará la decisión para que al momento de cumplirse la 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.

Además, se deberá normalizar la afiliación de la demandante en el sistema correspondiente.

8. RESPUESTA AL TEMA DE LA PRESCRIPCIÓN, EN SEDE DE CONSULTA, FRENTE A LA ACCIÓN DE INEFICACIA DE TRASLADO AL RAIS:

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 1995.

La Sala niega la declaración de la excepción de prescripción, como quiera, que en este caso no se declara la nulidad, sino la ineficacia del acto de traslado al RAIS, 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 y Colpensiones.

9. COSTAS

En aplicación del numeral 1° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, procede la condena en costas en esta instancia, **a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, por cuanto no tuvo prosperidad sus recursos de apelación. Es importante

precisar que la adición a la sentencia de segunda instancia procede en virtud del grado de consulta.

De conformidad con lo consagrado en los artículos 365 y 366 del CGP, el Magistrado Ponente fijará las agencias en derecho, en la oportunidad procesal.

10. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el **ORDINAL PRIMERO** de la parte resolutive de la Sentencia Nro. 35 del veintisiete (27) de julio del año dos mil veintidós (2022), proferida en primera instancia, por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYAN, CAUCA, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora PATRICIA SÁNCHEZ CARRASQUILLA contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., únicamente en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS.

SEGUNDO: ADICIONAR el **ORDINAL TERCERO** de la sentencia apelada y consultada, para ORDENAR a las AFP PORVENIR S.A. a devolver y depositar en Colpensiones los gastos de administración, las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales y las sumas depositadas en el fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados; y, al momento de cumplirse la 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. Además, se deberá normalizar la afiliación de la demandante en el sistema correspondiente; de

conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: En lo demás, **SE CONFIRMA LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA**, por las razones expuestas anteriormente.

CUARTO: **SE CONDENA** en costas de segunda instancia a la AFP PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, a favor de la demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. Las agencias en derecho como se dijo en la parte motiva.

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 9° 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

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA SALA, DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIA EUGENIA MIÑO ARANGO, CONTRA PORVENIR Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2021-00081.

Con el acostumbrado respeto, me aparto de la decisión mayoritaria de incluir la condena en contra de la AFP del RAIS demandada, a la devolución de las sumas pagadas por concepto de las primas para la adquisición de los seguros previsionales, en primer lugar, porque no comparto el criterio relacionado con el pago de tales primas de los seguros previsionales con cargo al patrimonio de las AFP, al estar en contravía del tenor literal del artículo 20 de la Ley 100, en concordancia con el literal b) del artículo 60, en donde claramente se disponen los porcentajes de distribución de LAS COTIZACIONES de los afiliados, entre otros, para la compra de los seguros previsionales para beneficio de los afiliados.

Además, el legislador claramente asignó a las AFP del RAIS la función de ser simplemente administradoras de la cuenta individual de cada afiliado, como lo dispone expresamente el artículo 59 de la misma ley y estaba obligada por mandato legal a la compra de tales seguros previsionales, se insiste, cuyos beneficiarios son los afiliados, jamás las AFP, en la medida que las pensiones del RAIS se pagan con cargo a los recursos de la cuenta individual de cada afiliado, sin que las AFP cubran algún faltante con su propio patrimonio.

Para la compra de estas pólizas de seguros, las AFP sacan los recursos de los aportes de cada afiliado y a su vez Colpensiones del fondo común, toda vez que los beneficiarios del seguro son los afiliados.

Finalmente, porque tales negocios jurídicos con terceros de buena fe, sí conservan validez y producen efectos jurídicos, a pesar de la declaración de ineficacia del traslado.

Acorde con lo expuesto, respecto de estos gastos realizados por las AFP, en cumplimiento a un mandato legal, en favor del administrado, no procede ordenar la devolución como

Proceso Ordinario Laboral. Apelación sentencia y consulta. Expediente Radicado Nro. 19-001-31-05-003-2021-00195-01. PATRICIA SÁNCHEZ CARRASQUILLA vs. COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Sentencia.

consecuencia de la declaración de la ineficacia del traslado de régimen pensional.



LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL