

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, once (11) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	GERARDO ANTONIO BOTINA CARVAJAL
DEMANDADO(S)	1. A.F.P. PORVENIR S.A. 2. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E.
RADICADO N°	19-001-31-05-002-2022-000124-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS.
DECISIÓN	<p>- SE ADICIONA EL ORDINAL CUARTO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y CONSULTADA, EN EL SENTIDO DE ORDENAR TAMBIÉN LA DEVOLUCIÓN DE LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS DEPOSITADOS EN LA CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL DEL ACTOR Y QUE SE NORMALICE SU AFILIACIÓN EN EL SISTEMA.</p> <p>- SE ADICIONA EL ORDINAL CUARTO, PARA ORDENAR LA INDEXACIÓN DE ALGUNOS CONCEPTOS A DEVOLVER POR PARTE DE PORVENIR S.A., ACORDE A LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES QUE SE EXPONDRÁN MÁS ADELANTE</p> <p>-SE CONFIRMA EN LO DEMÁS.</p>

1. ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la Ley 2213 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 los apoderados judiciales de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., respectivamente, y a su vez, **el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES E.I.C.E.**, contra la sentencia del veintisiete (27) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida en audiencia de oralidad de trámite y juzgamiento por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA), dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

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 el demandante: **(i)** Se **DECLARE** la ineficacia y/o inexistencia de la vinculación y/o traslado del actor, del Régimen de Prima Media (en adelante RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), administrado por PORVENIR S.A., por estar viciado de error y, por ende, en su consentimiento; **(ii)** Se **DECLARE** que la simple firma en el formulario de afiliación realizado ante PORVENIR, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información que tiene dicho fondo de pensiones, al momento del traslado; **(iii)** Se **DECLARE** que PORVENIR debe 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; **(iv)** Se **DECLARE** que PORVENIR debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones realizadas a los fondos privados, bonos pensionales y

sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieran causado.

En consecuencia, **(v)** Se **CONDENE** a PORVENIR S.A., 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; **(vi)** Se **ORDENE** a COLPENSIONES E.I.C.E., aceptar el traslado y/o la afiliación nuevamente del actor y por ende, a recibir los aportes efectuados, incluyendo las cotizaciones y bonos pensionales, con los rendimientos que se hubieren causado y **(vii)** Se **CONDENE** en costas procesales y agencias en derecho a las entidades demandadas (Archivo No. 03, expediente digital de 1ra instancia).

Como **fundamentos fácticos** señala, nació el 17 de agosto de 1969 y actualmente se encuentra afiliado al fondo privado PORVENIR, pero con antelación, estuvo vinculado al RPM, donde ya contaba con semanas cotizadas.

Que, sin recibir una asesoría y explicación clara y honesta sobre las ventajas y desventajas, fue inducido de manera ilegal y bajo engaños, siendo trasladado del RPM al RAIS, administrado por PORVENIR, para lo cual se suscribió la afiliación el 30 de septiembre de 1999 y vigente a partir del 01 de noviembre del mismo año, pero resalta que no cuenta con el formulario de afiliación, ni la entidad lo ha enviado con sus respuestas.

Señala que se le omitió información importante, entre otros, sobre el monto pensional, las modalidades de pensión, la posibilidad de retractarse de su afiliación y retornar al RPM, resaltando que, si hubiera tenido mayor conocimiento, hubiera tomado una mejor decisión. Además, resalta que se le ocasiona un daño y perjuicio, si se tiene en cuenta el monto pensional que tendrá en RAIS.

Finalmente, señala que, el 28 de febrero de 2022, solicitó a PORVENIR que se declarara la nulidad del traslado, pero obtuvo respuesta negativa por parte de la referida AFP e igualmente, el 10 de marzo de 2022, petitionó a COLPENSIONES su afiliación, pero mediante oficio de la misma fecha, también se le rechazó su petición.

2.2. Contestación de la AFP PORVENIR S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, la AFP PORVENIR S.A., a través de su apoderada judicial, contestó a los hechos de la acción, aceptando que el demandante se encuentra afiliado a esa AFP, desde el 01 de noviembre de 1999 y cuenta con 1.289 semanas, en las que se registran aportes al RAIS y al RPM.

Se **opuso a todas las pretensiones**, bajo el argumento de que el demandante es una persona capaz, a la luz del artículo 1503 del C.C., quien manifestó de forma libre y voluntaria su decisión de traslado, al momento de la suscripción del formulario de vinculación, dispuesto legalmente para tal fin.

Señala que, al momento de la afiliación, el demandante recibió una asesoría integral, conforme a las normas vigentes para la época y que, solo 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, sin que por ello pueda afirmarse que no fueran completas, transparentes y oportunas.

Finalmente, la demandada propuso como excepciones de mérito las que denominó: (1) Prescripción; (2) Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; (3) Buena fe; (4) Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación; (5) Prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo; (6) Innominada o genérica; (7) Inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y (8) Debida asesoría del fondo (Carpeta titulada: “009ContestacionPorvenir”, archivo PDF denominado: “CONTESTACION DE DEMANDA GERARDO ANTONIO BOTINA.3”, expediente digital de 1ra instancia).

2.3. Contestación de COLPENSIONES E.I.C.E.:

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderado judicial y dio respuesta a los hechos de la demanda, aceptando que el actor,

previo a su vinculación a PORVENIR, estuvo afiliado al RPM y tenía 234.9 semanas cotizadas en este último régimen (hechos 3° y 6° de la contestación).

Se **opone a las pretensiones**, al considerar que, el demandante se trasladó de manera libre, informada y consiente, señalando que, el deber de información que tienen las administradoras de pensiones, ha tenido varias etapas y para el momento del traslado, correspondía a lo preceptuado en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

A su vez, solicitó como petición especial, que la AFP PORVENIR S.A. normalice la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIFP (Anulación a través de Mantis) y proceda a la devolución de sus aportes a COLPENSIONES, con la respectiva entrega del archivo y el detalle de aportes realizados durante la vinculación con la AFP demandada.

Por último, formuló como *excepciones de fondo*: (1) Inexistencia de la obligación; (2) Indebida interpretación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional; (3) Inexistencia de vicio en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante que traiga como consecuencia la ineficacia o invalidez de la misma; (4) Imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos; (5) Buena fe; (6) la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES; (7) Prescripción; (8) Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; (9) Juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado; (10) Improcedencia de la declaración de ineficacia y/o nulidad de traslado en casos en que el actor se encuentre pensionado o cumpliendo los requisitos para la obtención de la pensión y (11) Innominada o genérica (Archivo No. 10, expediente digital de 1ra instancia).

2.4. Concepto de la Procuradora 12 Judicial I para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social de Pasto

La referida Procuradora, en uso de sus facultades legales, allegó concepto y afirma que la AFP demandada debe acreditar que

cumplió con su deber de suministrar información suficiente, transparente, cierta y oportuna, para garantizar que el afiliado contara con los elementos de juicio necesarios, para evaluar la conveniencia o inconveniencia e implicaciones del traslado de régimen pensional, a fin de que éste resultase válido.

Agrega que, para el 1° de noviembre de 1999, en materia del deber de información, se encontraban vigentes los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, artículo 97 numeral 1° del Decreto 663 de 1993 y las disposiciones Constitucionales relativas al derecho a la información, que obligaba a brindar ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, si fuere el caso.

Por último, precisa que, las controversias sobre ineficacia del traslado de régimen pensional, se asumen hoy, con base en la jurisprudencia vigente, en el análisis de la violación del deber de información de que es titular el afiliado y no propiamente sobre la existencia de vicios del consentimiento, pues en este último caso, la carga de la prueba le correspondería al demandante (Archivo No. 16, expediente digital de 1ra instancia).

2.5. Decisión de primera instancia:

El JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el 27 de marzo de 2023 y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA**, en la cual resolvió: (...) **(ii) DECLARAR** la INEFICACIA del traslado al RAIS, que a partir del 01 de noviembre de 1999, se atribuye al demandante, a través de la AFP PORVENIR S.A., (...) **(iv)** Consecuencia de lo anterior, el accionante conservó su derecho a permanecer en el RPM, administrado por COLPENSIONES y se **CONDENA** a PORVENIR S.A., como última administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, bonos pensionales si es del caso, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, los valores utilizados en los seguros

previsionales, las comisiones, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes; y los valores deberán ser recibidos por COLPENSIONES, atendiendo a la ineficacia que se declara en cada uno de los procesos, **(v) NEGAR** la excepción de prescripción; **(vi) CONDENAR** en costas a la AFP PORVENIR S.A. Sin costas en relación con Colpensiones.

TESIS DEL JUEZ: Sostuvo, ante la ausencia de prueba que acredite el cumplimiento por parte de la AFP Porvenir S.A., de su obligación de suministrar información clara y suficiente en el traslado al RAIS, hay lugar a declarar la ineficacia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, sin que para el caso haya operado la prescripción de la acción.

Para el efecto, encontró como hechos probados, los siguientes:

i) En el reporte SIAFP, se evidencia el traslado del accionante del RPM al RAIS, con efectividad a partir del 01 de noviembre de 1999, y así mismo lo certifica la AFP.

ii) En el expediente digital, obra historia laboral expedida por PORVENIR S.A., en la cual consta que el accionante reporta un total de 1.287 semanas.

iii) COLPENSIONES aporta historial laboral del accionante, donde se evidencia un total de 283.14 semanas al RPM, entre el 27 de enero de 1992 y el 31 de julio de 1999.

En consecuencia, concluye, se acredita la afiliación anterior del actor al RPM, hoy administrado por COLPENSIONES y Porvenir S.A. no aportó prueba del cumplimiento del deber de información, al momento de su traslado, por ende, sostiene que el traslado resulta ineficaz, nunca produjo efectos, no es susceptible de sanearse e impide que pueda aplicarse todo término prescriptivo, razón por la cual, el demandante puede retornar al RPM y condena a Porvenir S.A., como última administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que se hubieran recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como, cotizaciones, bonos pensionales si es del caso, el porcentaje correspondiente a

los gastos de administración, los valores utilizados en los seguros previsionales, las comisiones, así como el porcentaje destinado al fondos de garantía de pensión mínima, agregando que, al momento de cumplirse esa orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC y aportes.

Finalmente, condenó en costas a Porvenir S.A. Sin condena en costas a cargo de COLPENSIONES.

2.6. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA DEMANDADA PORVENIR S.A.

Se dirige a controvertir la orden de devolver gastos de administración, primas de seguro e indexación de sumas a devolver.

1. Respecto de la primera, alega que “... ..la condena a cargo de la AFP de devolver los dineros correspondientes a gastos de administración, está desconociendo las reglas existentes en materia de restitución mutua y el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa.

En efecto, el régimen de las restituciones mutuas, tiene como objetivo fundamental que los traslados patrimoniales que quedan sin justificación por la declaratoria de ineficacia del acto jurídico, sean devueltos a las partes que los originaron, de tal forma que se responda a las circunstancias en que se encontrarían, si aquel no hubiese tenido lugar.

Fundamento normativo de las restituciones mutuas, se encuentra en el artículo 1746 del Código Civil, aplicable a casos como la ineficacia. Si bien esa restitución ofrece mayor complejidad cuando el traslado patrimonial versa sobre bienes transmisibles, no ocurre lo mismo cuando este se refiere a prestaciones que es inviable retrotraer. Particularmente como es el caso de las gestiones de administración de los recursos del afiliado, en efecto, se encuentran a cargo de las AFP las obligaciones previstas en el artículo 14 del decreto 656 de 1994, entre las que se destacan las de invertir los recursos del sistema, garantizar una rentabilidad mínima y prestar una asesoría.

Estas corresponden a obligaciones de hacer, que reciben como contraprestación la comisión de administración sobre aportes obligatorios, artículo 39 del decreto 656 de 1994, y que generan un beneficio para el afiliado, pues los rendimientos de las inversiones

realizadas por la AFP, entran a formar parte del capital con el que financian las prestaciones a su favor.

Sobre el particular, conviene destacar que, cuando se trata de prestaciones de hacer, distintas a las de entregar cosas o de no hacer, la regla general es que lo ejecutado no es susceptible de retrotraerse, debido a que no es posible eliminar un comportamiento humano como si este nunca hubiese existido.

En efecto, cuando el legislador impuso a las AFP las obligaciones consagradas en el artículo 14 del decreto 656 de 1994, fue precisamente con la finalidad de lograr los objetivos de salvaguardar el patrimonio del afiliado, para que sirva al cumplimiento de la finalidad a la cual se encuentra afecto, esto es, servir para la financiación de la pensión de vejez.

Desde esa perspectiva, 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 la AFP para desarrollar las actividades tendientes al cumplimiento de sus obligaciones, cuyo objeto no es otro sino la conservación de los recursos entregados por el afiliado.”

2. *“Resulta igualmente cuestionable 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, es claro que, una vez agotado el término por el que se adquirió la cobertura, el asegurador devengó de manera definitiva la totalidad de la prima acordada, como se colige del artículo 1070 del código de Comercio.*

En este caso, debe tenerse en cuenta que dicho seguro era adquirido por las AFP en virtud de una obligación legal y que existe una coligación negocial entre la afiliación al Rais y el seguro previsional, lo que supone analizar cómo las vicisitudes de una afectan al otro. A este respecto debe tenerse en cuenta que, por virtud del principio de taxatividad de esta sanción negocial, la ineficacia únicamente alcanza al acto de traslado de régimen pensional y no al contrato de seguro, de tal forma que este último, durante su vigencia, fue plenamente eficaz y produjo sus efectos. Por esa razón, no resulta viable la devolución de las primas de seguro previsional de la cual fue asegurado y beneficiado el afiliado.”

3. *“Ahora, frente a la orden emitida en primera instancia sobre la indexación de las sumas a trasladar a Colpensiones, cuando igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encuentra*

en la cuenta del demandante, esta orden genera un doble pago o una doble condena por el mismo concepto, pues si se debe generar los rendimientos, que son dineros actuales, que son dineros a la fecha, no se puede entonces también generar una entrega de dineros indexada. Esto conforme lo señala la jurisprudencia, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia sala laboral del 9 de septiembre de 2008 radicado 31989 y reiteradas en las sentencias del 22 de noviembre de 2011, radicado 33083 y SL 1421 del 2019.

En esos términos dejó presentado el recurso de apelación”

2.7. RECURSO DE APELACIÓN PROPUESTO POR LA DEMANDADA COLPENSIONES E.I.C.E.

Se dirige a controvertir la declaración de ineficacia del traslado al RAIS, al considerar que “... ..La sentencia que se impugna hace alusión a que la demandada AFP Porvenir no demostró dentro del proceso haber brindado dentro del proceso una información veraz y suficiente a los hoy demandantes, respecto a las incidencias de tomar la decisión de trasladarse o no de régimen, por lo cual, pues, la carga de la prueba se invertía y correspondía a la demandada demostrar (No se entiende) fehaciente, de hecho una prueba de la asesoría brindada al momento, pues, de realizarse dicho traslado de régimen por parte de cada uno de los demandantes, pruebas que no obraban dentro del proceso.

Es de resaltar que, en cuanto a la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es cada uno de sus estos se realiza de forma voluntaria y libre.

Que para el caso que nos ocupa, los demandantes lo realizaron de manera libre y voluntaria e incluso suscribieron y dejaron así mismo manifiesta su intención de realizar dicha vinculación, suscribiendo la respectiva solicitud de afiliación al fondo que administra la demandada Porvenir.

Dispone el artículo 13 de la ley 100 del 93, que el Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características, en su literal A establece que la selección de uno, cualquiera de los regímenes previstos en el artículo anterior, es libre y voluntaria por parte del afiliado; a su vez, la disposición fue reglamentada por el artículo 11 del decreto 692 del 94, que establece que la selección de régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste para acceder a la pensión de vejez, invalidez, sobreviviente y demás prestaciones económicas a que haya lugar.

Así mismo, también es de resaltar que, la Corte ha establecido o ha indicado que existen ciertos comportamientos o actividades que

demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional, como lo es el realizar las respectivas cotizaciones, el realizar de pronto la actualización de datos o la solicitud de documentación, conforme lo establecido en la sentencia SL413 del 2018.

Elementos notorios estos que exponían la intención de cada uno de los demandantes de trasladarse y permanecer afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como fue el hecho de permanecer por más de 20 años pues afiliados a este régimen administrado por Porvenir.

Por último, también debe tenerse en cuenta que, a pesar de que los fondos privados trasladen a la Administradora Colombiana de pensiones, Colpensiones, la totalidad de las cotizaciones, los rendimientos financieros y los gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados, por el periodo en que estos estuvieron afiliados o que han estado afiliados al mismo, se genera una afectación al sistema pensional, por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los demás afiliados.

Este esquema dado que, el periodo de permanencia obligatorio contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia y asegura la intangibilidad, sostenibilidad del sistema, preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de mesadas y el reajuste periódico de las mismas. Conforme lo manifestó la Corte, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida, se descapitalizaría.

Con esos argumentos solicitó muy amablemente a los señores Magistrados, se revise la decisión proferida en primera instancia y se revoque la misma”.

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

3.1. El apoderado judicial de Colpensiones, solicita, se declaren probadas las excepciones de fondo propuestas con la contestación de la demanda, se revoque la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, se dé por terminado el proceso, condenando en costas a la contraparte.

Señaló que, la selección de régimen es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien expresa su consentimiento al momento de la vinculación o traslado, tal como ocurrió en el presente asunto.

Que la carga dinámica de la prueba no puede aplicarse en forma genérica y que la Corte Suprema, sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

En tal sentido, concluyó, la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso, debidamente individualizado.

Señaló además, durante el debate probatorio no se logró demostrar que hubo una indebida o insuficiente información por parte del fondo privado, al momento de realizarse el traslado de régimen y posteriormente, la firma del formulario de afiliación; que no se configuran los elementos que permitan que el demandante pueda volver a ser parte del régimen de prima media con prestación definida, y que el actor no es un afiliado lego, pues a pesar de que no es un abogado, es una persona que cuenta con la capacidad de entender y comprender las implicaciones de su traslado y, sin embargo, no realizó ninguna pregunta a los asesores del fondo privado en la asesoría recibida y tampoco se acercó en algún momento a Colpensiones a recibir información o a solicitar una proyección pensional.

Por último, resaltó, que la Corte también ha indicado comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional. Además, alega que existe una afectación al sistema pensional, y que, en caso de que el afiliado al RAIS haya consolidado su derecho pensional y tenga la calidad de pensionado, no podrá volver al RPMPD administrado por Colpensiones, a pesar de que se logre demostrar que recibió una información errada, esto al ser una situación jurídica consolidada, que no es razonable revertir o retrotraer (Archivo No. 06, expediente digital 2da instancia).

3.2. La parte actora y la demandada Porvenir S.A., por intermedio de sus respectivos apoderados judiciales, guardaron silencio dentro del término legal que les fue concedido para presentar alegatos en segunda instancia (Archivo No. 07, expediente digital 2da instancia).

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES:

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

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

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

En relación con la legitimación en la causa por activa y pasiva no hay objeción alguna, 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 formulados y en respuesta al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, la Sala Laboral resuelve los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS:**

5.1. Para responder al recurso de apelación de Colpensiones:

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

Como asuntos asociados, se analizan los temas alegados sobre (i) las consecuencias jurídicas de la permanencia del actor en el RAIS y (ii) la sostenibilidad financiera del RPM.

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 en virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES, se pasa a resolver:

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico ordenar a Porvenir S.A., que traslade al RPM, el capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, todos estos conceptos debidamente indexados?

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 Colpensiones.

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

Tesis de la Sala: La Sala concluye, se debe **CONFIRMAR** la declaración de ineficacia contenida en la sentencia apelada y además, es pertinente adicionar el ordinal cuarto de la resolutive de la decisión de primera instancia, en tanto se ordenará a PORVENIR S.A. que normalice la afiliación del demandante en el sistema de RPM, conforme se petitionó por COLPENSIONES en su respuesta a la demanda, sin que hubiere sido objeto de pronunciamiento en primera instancia, pues se pronunció respecto a la petición de entrega del archivo y detalle de aportes, pero no en lo referente a la normalización de la afiliación en el sistema que corresponda.

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas:

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

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

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

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

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

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

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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

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

(... ...)

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

(... ...)

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

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

6.5. Por medio del artículo 60 de la Ley 100/93, se regula las características del régimen pensional RAIS, y en lo que interesa, se resalta lo dispuesto en el literal c, en su versión original, atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 1999:

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, en lo relevante para resolver, regula que:

“Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación.

La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora”.

6.6. A su vez, en el artículo 72, literal f) del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF) aplicable al presente caso, por razón del traslado en el año 1999, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

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

(...)

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

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”.

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

Y, además, expresamente se dispone que

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

6.8. En cuanto a la carga de la prueba del vicio en el consentimiento, aplica el artículo 1604 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; SL373-2021; SL3156-2022.

En la sentencia CSJ SL1452-2019, la CSJ Sala Laboral se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se

entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una *expectativa de pensión* o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

(iv) *Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda*

la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

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

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

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

“3.2. Excepción de saneamiento de la nulidad relativa.

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

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada. Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

[3: El artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo refiere que «No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca» el mínimo de derechos laborales.][4: Los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011 «Estatuto del Consumidor», privan de efectos, de pleno derecho, a las cláusulas abusivas incluidas en los contratos celebrados con los consumidores.][5: De acuerdo con el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el contenido de las pólizas debe "ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente Estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva".]

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

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

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

6.11. HECHOS PROBADOS RELEVANTES

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

6.11.1. Según el reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido por COLPENSIONES y actualizado al 18 de noviembre de 2022, se constata, el actor estuvo afiliado al RPM, hoy administrado por COLPENSIONES, a partir del 27 de enero de 1992, donde cotizó un total de 283.14 semanas, en el periodo comprendido del 27 de enero de 1992 al 31 de julio de 1999 (Carpeta titulada: “Expediente administrativo”, Archivo PDF: “GRP-SCH-HL-66554443332211_2408-20221118085800”, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.2. De conformidad con la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones y/o cesantías PORVENIR S.A., No. 01251311, y el registro de afiliaciones que lleva ASOFONDOS, se constata, el señor GERARDO ANTONIO BOTINA CARVAJAL, se trasladó de régimen, de COLPENSIONES a PORVENIR, mediante solicitud del 30 de septiembre de 1999 y fecha de inicio de efectividad: 01 de noviembre de 1999 (Carpeta titulada: “009ContestacionPorvenir”, Archivos PDF titulados: “ANT GERARDO ANTONIO BOTINA CARVAJAL CC 79527548 'FORMULARIO AFILIACIÓN'” y “ANT GERARDO ANTONIO BOTINA CARVAJAL CC 79527548 'VINCULACIÓN SIAFP'”, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.3. Según la historia laboral expedida por PORVENIR, el señor GERARDO ANTONIO BOTINA CARVAJAL, cuenta con un total de 1.287 semanas cotizadas en total a pensión, de las cuales, 234.9 semanas fueron cotizadas a otro régimen pensional (en entidades públicas) y 1.052,01 semanas a PORVENIR (Carpeta titulada:

“009ContestacionPorvenir”, Archivo PDF titulado: “ANT GERARDO ANTONIO BOTINA CARVAJAL CC 79527548 'HL CONSOLIDADA RAIS'”, expediente digital de 1ra instancia).

6.12. CONCLUSIONES:

1. Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados y la contestación de la demanda por COLPENSIONES, aparece debidamente probado, en el momento del traslado efectivo al RAIS el 01 de noviembre de 1999, el demandante se encontraba afiliado al régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES, donde cuenta con cotizaciones efectuadas desde el 27 de enero de 1992 al 31 de julio de 1999 (Carpeta titulada: “Expediente administrativo”, Archivo PDF: “GRP-SCH-HL-66554443332211_2408-20221118085800”, expediente digital de 1ra instancia), es decir, el actor cotizaba desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y bajo estas normativas, especialmente, el literal A del artículo 12 de la ley 100 de 1993 y el artículo 52 de la ley 100 de 1993, se considera que estuvo afiliado al RPM.

2. Por otra parte, del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados con la demanda y su contestación, esta Sala advierte que la pasiva PORVENIR S.A., estando obligada, no demostró en el proceso, que 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, incluso el 01 de noviembre de 1999, 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 y de los artículos 72, literal f) y numeral 1, del artículo 97, ambos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF).

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. Ha de señalarse, con la sola firma del formulario de traslado, no se prueba la elección libre y voluntaria del traslado y tampoco son indicios serios de tal conducta, el hecho de que el actor no sea lego, haber permanecido en el RAIS por amplio tiempo y no haber solicitado información y proyección de la pensión, toda vez que, con la sola firma del actor en el formulario de traslado en el año 1999, cuando se dio el traslado del RPM al RAIS, no se cumple el requisito legal del suministro de información, y los referidos indicios, no constituyen prueba idónea del cumplimiento de este deber legal que tenía PORVENIR S.A., por ser la AFP con la cual se dio el traslado del RPM al RAIS, en el año 1999.

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 lo sostenibilidad financiera de dicho fondo.

6. Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la declaración de ineficacia proferida en la sentencia de primera instancia, siendo COLPENSIONES la actual administradora del RPM y, por ende, es la AFP que, efectivamente, debe administrar los dineros de la cuenta de ahorro individual del actor.

7. No obstante, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, es pertinente adicionar el ordinal cuarto de la resolutive de la decisión de primera instancia, para ordenar a PORVENIR S.A. que normalice la afiliación del demandante en el sistema que corresponda, ya que dicho pedimento que hizo COLPENSIONES en su respuesta a la demanda (Archivo No. 10, pág. 7, expediente digital de 1ra instancia) no fue objeto de pronunciamiento por el Juez de Primera Instancia, quien únicamente se pronunció sobre la petición de entregar a COLPENSIONES el historial laboral detallado y actualizado.

7. SOBRE EL TRASLADO A COLPENSIONES DE LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS DE LA CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL, GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y LAS PRIMAS DE SEGUROS PREVISIONALES, TODOS ESTOS CONCEPTOS INDEXADOS

Tesis de la Sala: Resulta procedente confirmar la sentencia de primera instancia que ordenó la devolución del capital, siendo pertinente adicionar la sentencia consultada, para ordenar también la devolución de los rendimientos financieros depositados en la cuenta de ahorro individual del actor.

Además, se confirma la devolución de los gastos de administración o comisiones, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, pero, en virtud del grado de consulta, se adicionará para ordenar su devolución indexada por parte de la AFP PORVENIR y con destino a la administradora COLPENSIONES, porque de no hacerlo, se produce

una desmejora en el capital que va a recibir Colpensiones para financiar la pensión del actor y de paso, se produce un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

Para el efecto, se aclarará que, los valores a trasladar, relativos a capital y rendimientos, no se indexarán, teniendo en cuenta el recurso de apelación de Porvenir.

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

7.1. Del estudio en detalle de la línea de pensamiento de la CSJ-SCL, sobre los valores a devolver al RPM y la procedencia de su indexación, por parte de las administradoras del RAIS, como consecuencia de la declaración de la ineficacia de la afiliación y/o traslado, encontramos:

En la sentencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, se sostiene:

*“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)”.*

Esta línea se reitera en providencia SL4174 del 2021, en la cual la CSJ-SCL expuso que 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, se devolverán indexados:

*“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).²**

También en la SL4174 del 2021, la SL629-2023 y recientemente la SL769-2023 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

² Negrita fuera de texto original

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.”³

7.2. Acorde con los anteriores precedentes, la Sala concluye, en virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido a favor de COLPENSIONES, es pertinente adicionar la sentencia consultada, para ordenar también la devolución de los rendimientos financieros depositados en la cuenta de ahorro individual del actor, pues el Juez de Primera Instancia omitió ordenar su devolución, siendo procedente la misma, acorde a los criterios jurisprudenciales en cita.

Igualmente, se adicionará la providencia consultada, en el sentido de ordenar la indexación que también omitió ordenar el Juez de primera instancia, pero aclarando que los valores a trasladar, relativos a capital y rendimientos, no se indexarán.

En consecuencia, se debe resolver favorablemente el recurso de apelación de PORVENIR, pero en forma parcial, y por ende, se adicionará la sentencia de primera instancia, para precisar que sólo serán objeto de indexación los gastos de administración o comisiones, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, toda vez que el capital depositado en la cuenta individual del actor se devolverá con los rendimientos financieros obtenidos hasta el momento de su traslado a Colpensiones, es decir, tal capital proveniente de los aportes pensionales no tuvo ninguna devaluación con el transcurso del tiempo, por el contrario, se incrementó con los rendimientos financieros obtenidos hasta la fecha del traslado.

En cambio, sí procede la devolución de los gastos de administración o comisiones, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, para

³ Negrita fuera de texto original

evitar la desfinanciación del RPM y conforme a los criterios jurisprudenciales citados en precedencia, que avalan tal devolución y, además, indexados, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones, razón por la cual, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, en concordancia con el recurso de apelación propuesto por PORVENIR, se adicionará la sentencia de primera instancia.

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

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verifica, si procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha del traslado y la presentación de la demanda, transcurrió más de tres años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción de nulidad, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 1999.

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

Por lo tanto, no cabe establecer si tal acto o negocio jurídico de traslado está sujeto a las reglas de la prescripción, toda vez que con la declaración de INEFICACIA JURÍDICA **en sentido amplio**, se entiende que tal acto o negocio jurídico jamás nació al mundo jurídico, por una parte y por otra, siguiendo la tesis de la imprescriptibilidad expuesta por la CSJ-SL, en la sentencia SL1689-2019, cuando sostiene que la solicitud de declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS es imprescriptible, ante el hecho de estar en presencia de un proceso meramente declarativo y que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son

imprescriptibles se tiene por analogía en este caso que lo declarado es la inexistencia del traslado.

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

En la sentencia en mención, se afirma:

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

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

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

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

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

9. COSTAS

En aplicación del numeral 1° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPTSS, procede la condena en costas en esta instancia, a cargo de la apelante COLPENSIONES E.I.C.E., por cuanto no tuvo prosperidad su recurso de apelación.

A su vez, en aplicación del numeral 8° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPTSS, NO procede la condena en costas en esta instancia a cargo de la parte apelante–PORVENIR S.A., por cuanto tuvo prosperidad parcial su recurso de apelación.

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

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: ADICIONAR el ordinal CUARTO de la parte resolutive de la sentencia del veintisiete (27) de marzo de dos mil veintitrés (2023), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A., que normalice la afiliación del demandante en el RPM, según lo motivado en esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal CUARTO de la parte resolutive de la sentencia del veintisiete (27) de marzo de dos mil veintitrés (2023), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a devolver y depositar en Colpensiones el capital de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos financieros también, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR el ordinal CUARTO de la parte resolutive de la sentencia del veintisiete (27) de marzo de dos mil veintitrés (2023), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a la AFP PORVENIR, S.A., que proceda a devolver y depositar en Colpensiones debidamente indexados los valores por concepto de los gastos de administración o comisiones, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, al momento de su devolución a la administradora COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

CUARTO: SE CONDENA en costas de segunda instancia a COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, según lo motivado en esta providencia.

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

QUINTO: SIN CONDENA en costas de segunda instancia a cargo

de PORVENIR S.A., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: NOTIFÍQUESE la presente providencia por la Secretaría de la Sala, a las partes, de conformidad con el artículo 9° de la Ley 2213 de 2022.

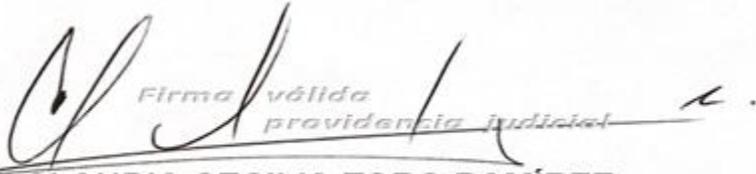
Los Magistrados



Firma válida
providencia judicial

LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO PONENTE

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

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


LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL