

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



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

**Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS**

Popayán, veintinueve (29) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MYRIAM GRIJALBA MONCAYO
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. 2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICADO	19-001-31-05-002-2021-00088-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS-PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	SE ADICIONA EL ORDINAL CUARTO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y CONSULTADA, PARA ORDENAR SE NORMALICE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA EN EL SISTEMA, REMITIR ARCHIVO Y DETALLE DE COTIZACIONES A COLPENSIONES E INCLUIR LAS CONDENAS A LA DEVOLUCIÓN DE 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, E IGUALMENTE, ORDENAR LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS ADICIONALES DE LAS ASEGURADORAS, SIEMPRE QUE SE HAYAN CAUSADO.

	-SE CONFIRMA EN LO DEMÁS.
--	----------------------------------

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 el **RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los apoderados judiciales de la parte demandada PORVENIR y COLPENSIONES E.I.C.E., respectivamente, y a su vez, el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES**, contra la Sentencia del veintiséis (26) de mayo de dos mil veintidós (2022), proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende la demandante: **(i) Que se declare** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR; **(ii) Que se declare y condene a PORVENIR** a asumir de su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez de la actora, por los gastos de administración en que hubiere incurrido; y **(iii) Que se declare y condene a PORVENIR** a trasladar a la Administradora del RPM, los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado y **(iv) Que se condene** en costas a las demandadas.

Como **fundamentos facticos relevantes sostuvo**, se encontraba afiliada al RPM y se trasladó al RAIS en el año 1995, cuando los promotores de PORVENIR SA se presentaron y le

informaron unas condiciones presuntamente más favorables, que las ofrecidas por el entonces ISS, para obtener la pensión de vejez, teniendo en cuenta los ingresos que percibía en ese momento, pero esto no correspondía a la realidad, que se vio reflejada al solicitar la simulación del monto pensional de vejez.

Alega que PORVENIR, a través de sus asesores, incumplió la obligación de suministrar información adecuada, suficiente y cierta, de manera que la decisión de la actora hubiera sido libre y espontánea.

Considera, en la proyección realizada por PORVENIR se refleja que tendrá derecho a la pensión de vejez, en cuantía del SMLMV del año 2020, es decir, \$877.803 y si estuviera afiliada al RPM, tendría derecho a una prestación pensional por valor de \$1.361.594 (Archivo No. 03, págs. 40-56, expediente digital de 1ra instancia).

Informa sobre las reclamaciones realizadas a las demandadas, para su retorno al RPM, con respuestas negativas.

2.2. Contestación de la demanda por COLPENSIONES

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderado judicial, se **opone a todas las pretensiones** y al responder a los hechos, acepta que la demandante se trasladó a PORVENIR en el año 1995, pero que el traslado se realizó en forma libre, voluntaria, consiente e informada.

Alega que el alcance de la asesoría brindada al momento de la afiliación, debe valorarse bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o la materialización del traslado.

Solicita, se ordene a PORVENIR normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIFP y devolver los aportes, con la respectiva entrega del archivo y detalle de dichos aportes realizados durante la vinculación con la AFP demandada.

Propuso como excepciones de fondo: “Inexistencia de la obligación.”, “Indebida interpretación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional”, “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”, “Imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos”, “Buena fe”, “La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones”, “Prescripción”, “Responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social”, “Juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado”, “Improcedencia del cobro de costas a Colpensiones”, “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” e “Innominada o genérica.” (Archivo No. 23, expediente digital de 1ra instancia).

2.3. Contestación de la demandada PORVENIR S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderada judicial, se **opone a todas las pretensiones**, al considerar que la demandante recibió asesoría integral, conforme a las normas vigentes para la época, aunado a que manifestó de forma libre y voluntaria su decisión de traslado, al momento de suscribir el formulario de vinculación dispuesto para tal fin.

Acepta que la demandante se vinculó efectivamente a PORVENIR, a partir del 14 de agosto de 2020 (sic) y que el traslado estuvo precedido de una asesoría integral, en cuanto a las ventajas y desventajas de uno y otro régimen.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó: “Prescripción”, “Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas”, “Buena fe”, “Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación”, “Prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo”, “Innominada o genérica”, “Inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de

vinculación al fondo de pensiones” y “Debida asesoría del fondo” (Archivo No. 9, expediente digital de 1ra instancia).

2.4. Decisión de primera instancia

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento, concentrada, el día veintiséis (26) de mayo de dos mil veintidós (2022), cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar SENTENCIA, en la cual resolvió: **i) DECLARAR** la INEFICACIA del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que a partir del 27 de octubre de 1995, se atribuye a la señora MYRIAM GRIJALBA MONCAYO, a través de la AFP PORVENIR S.A.; **(ii) DECLARAR** que la demandante conservó su derecho a permanecer o retornar al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por COLPENSIONES. Consecuencialmente **iii) CONDENAR** a la AFP 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, gastos de administración, bonos pensionales, si es del caso, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado; valores que deberán ser recibidos por COLPENSIONES en razón a la ineficacia que se declara; **iv) NEGAR** la excepción de prescripción propuesta y **v) CONDENAR** en costas a la AFP PORVENIR S.A. Sin costas respecto de COLPENSIONES.

TESIS DEL JUEZ: Sostuvo, ante la ausencia de prueba en el cumplimiento de la obligación de suministrar una información clara y suficiente, en la afiliación al RAIS respecto a la accionante, 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 acreditado en el expediente lo siguiente:

i) El formulario de afiliación al RAIS, a través de PORVENIR, diligenciado el 27 de octubre de 1995 y con efectividad a partir del 1 de noviembre de 1995; **ii)** 173.29 semanas cotizadas al RPM, del 17 de agosto de 1990 al 31 de octubre de 1995 y **iii)**

1.369 semanas cotizadas, según historia laboral expedida por PORVENIR.

En consecuencia, de acuerdo a criterios jurisprudenciales de la CSJ-SCL, concluyó que, en el caso de la señora MYRIAM GRIJALBA MONCAYO, no existe prueba al interior del proceso de que efectivamente se haya dado cumplimiento al deber de información, razón por la cual, el traslado resulta ineficaz.

Finalmente sostuvo, esta declaración de ineficacia impide que pueda aplicarse todo término prescriptivo, como quiera que el acto de traslado nunca produjo efectos y en consecuencia, la accionante puede retornar al RPM hoy administrado por Colpensiones, condenando a PORVENIR S.A., como última administradora en la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiese recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, bonos pensionales si es el caso, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado.

2.5. RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR PORVENIR S.A.

La apoderada de la AFP Porvenir S.A. se opone a la sentencia de primera instancia, respecto de las siguientes decisiones:

1. Señaló que la vinculación de cada uno de los demandantes ocurrió en el año 1995, y, por lo tanto, dicha afiliación se realizó conforme a la norma y jurisprudencia vigente, es decir, se configura un acto válido, eficaz y libre de cualquier vicio del consentimiento, pues, se entregó información verbal clara, sin que por ello pueda decirse que no fue completa. Y, que, para esa época, la prueba idónea que respaldaba la voluntad de afiliación es el formulario de vinculación, por lo que, no es posible de manera retroactiva imponer obligaciones no vigentes.

Que, por otro aspecto, la demandante tiene un nivel de escolaridad y se encuentra plenamente capaz (art. 1503 del CC), además, tuvo diferentes oportunidades para trasladarse y no lo hizo, tampoco ejerció el derecho de retracto, optando por trasladarse al RPM por fuera del periodo de gracia otorgado, y,

tener en cuenta que debe separarse del precedente relativo a la nulidad del traslado de régimen pensional, por no registrar vinculación anterior en el régimen de prima media.

Alega que, no resulta equitativo trasladar la carga de la prueba al fondo de pensiones, en la medida en que los afiliados no son “*afiliados legos*”, y pudieron haber solicitado la información necesaria para efectuar el traslado.

2. Considera que con la decisión emitida en primera instancia se está desconociendo las reglas existentes en materia de restituciones mutuas del artículo 1746 del Código Civil, y la orden de devolución de recursos que imparte el señor juez como consecuencia de la declaratoria de ineficacia frente a los gastos de administración no es procedente porque estos fueron utilizados para la operación normal de la administradora (artículo 20, ley 100 de 1993) y son los que hacen posible que los saldos depositados en la cuenta de ahorro individual generen unos rendimientos, situación que claramente constituye un enriquecimiento sin causa, además que, al tratarse de obligaciones de hacer no es posible deshacer los efectos.

3. Dice que NO es posible tampoco que se pretenda que Porvenir S.A. devuelva lo que sea destinado para el cubrimiento de los riesgos asegurados (seguros previsionales), teniendo en cuenta que 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.

2.6. RECURSO DE APELACIÓN DE COLPENSIONES:

El apoderado de COLPENSIONES presenta su recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, alegando que la carga de la prueba no debe trasladarse a la administradora de fondos de pensiones.

Que, en esa línea de pensamiento, existe una indebida aplicación del artículo 1601 del Código Civil, en la medida que se aduce por la jurisprudencia que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, con lo cual se realiza una

carga de la prueba a la administradora; pero, se olvida que en los términos del decreto 2241 de 2010, el afiliado también tiene la obligación de asesorarse, con lo cual le es aplicable el artículo 1601 del Código Civil.

Que, además de estas obligaciones, el silencio se entiende como una ratificación de la decisión de permanecer en un régimen y que ciertas actuaciones de los demandantes como lo es el pago de la seguridad social denotan que efectivamente se encuentran debidamente informados.

Sostiene, se está desconociendo lo preceptuado en el artículo 167 del CGP, bajo la cual la carga de la prueba puede cambiar de acuerdo con la facilidad de la parte para demostrar, y, que, al momento de determinar la carga de la prueba el juzgador debe tener en cuenta la condición de cada uno de los demandantes y su conocimiento acerca del sistema conforme lo preceptuado en la sentencia T-422 del 2011, donde para determinar la validez del traslado la Corte Constitucional tuvo que tener en cuenta el nivel educativo del afiliado.

Igualmente, alega que a pesar de que el fondo privado traslade a Colpensiones la totalidad de aporte, rendimientos y gastos de administración, se genera una afectación en el sistema pensional por cuanto no debe ser subsidiado bajo los recursos ahorrados de manera obligatoria por los afiliados a costa de este esquema dado que el periodo de permanencia obligatorio contribuye al logro de los principios de universalidad, eficiencia, intangibilidad y sostenibilidad del sistema.

Finalmente, solicita se revise el fallo para que en su lugar sea revocado y sean aceptadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

i) La apoderada de la parte demandante, guardó silencio dentro del término legal que le fue concedido para presentar alegatos de

conclusión en segunda instancia (archivo No. 13, expediente digital 2da instancia).

ii) La apoderada de la demandada Porvenir S.A., allegó escrito de alegatos de conclusión mediante el cual solicitó, revocar la orden emitida en primera instancia y se tenga en cuenta que cumplió con el deber de información exigible para la fecha de los hechos.

No obstante, de mantenerse la decisión, deprecó, no se ordene el traslado de las cuotas de administración, ni primas de seguro, pues con ello se desconocen las reglas sobre restituciones mutuas.

Alega que todas sus actuaciones las realizó de buena fe y que las decisiones judiciales deben considerar las reglas sobre restituciones mutuas, equidad y sostenibilidad financiera.

Para el efecto, hizo referencia al deber de información, a la vulneración del principio de confianza legítima, el desconocimiento de los límites del deber de información, la vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba y valoración probatoria y afirma que se desconocen las reglas existentes en materia de restituciones mutuas.

Finalmente, sostiene que los gastos de administración, no constituyen un detrimento al patrimonio del afiliado. (Archivos No. 11 a 12, expediente digital de 2da instancia).

iii) El apoderado judicial de Colpensiones, solicitó, se declaren probadas las excepciones de fondo propuestas con la contestación y se revoque la sentencia de primera instancia.

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 en desigualdad de las partes involucradas en el proceso.

Que la Corte Suprema, sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exige 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.

Además, manifestó que 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 existen elementos notorios que exponen la intención del demandante de permanecer afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como el hecho de permanecer más de 15 años afiliado al mismo régimen; que, a pesar de que los fondos privados trasladen a COLPENSIONES la totalidad de conceptos, se genera una afectación al sistema pensional y que, 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 haber recibido una información errada, al ser una situación jurídica consolidada que no es razonable revertir o retrotraer. (archivos No. 09 y 10, 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 y COLPENSIONES, quienes integran la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del CPTSS, modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, esta Sala de Tribunal es competente para desatar los recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia.

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

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

En relación con la legitimación en la causa por activa y pasiva no hay objeción alguna, 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 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 las demandadas y en sede de consulta:

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

Como asuntos asociados, se analizan los temas alegados sobre (i) las consecuencias jurídicas de la permanencia de la actora en el RAIS (ii) la inversión de la carga de la prueba y (iii) 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 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 también al RPM, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, las cotizaciones con destino al fondo de garantía de la pensión mínima, todos estos conceptos con su respectiva indexación, así como las sumas adicionales de la aseguradora?

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 del traslado del RPM al RAIS, contenida en la sentencia apelada.

No obstante, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, es necesario adicionar el ordinal cuarto de la resolutive de la decisión de primera instancia, en tanto se ordenará a PORVENIR S.A. que proceda también a entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes de la actora.

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 1995:

c) Los afiliados al sistema podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras, y seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones;

La reglamentación del literal c del artículo 60 en cita anterior, aparece en las siguientes normativas:

Sobre la escogencia del régimen pensional, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por medio del cual se reglamentó

parcialmente la Ley 100 de 1993, original, en lo relevante para resolver, regula que:

“Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. *La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

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

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

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

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. La demandante estuvo afiliada al RPM, administrado por el entonces ISS, hoy COLPENSIONES, contando con un total de 173,29 semanas cotizadas, en el periodo comprendido del 17 de agosto de 1990 al 31 de octubre de 1995 (Ver carpeta titulada: “35ExpedienteAdministrativo”, carpeta denominada: “CC-30730428”, archivo PDF: “GRP-SCH-HL-66554443332211_2098-20211007082330”, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.2. Está probado con la respuesta a la demanda por PORVENIR S.A., así como el historial de vinculaciones de ASOFONDOS, la certificación expedida por PORVENIR el 20 de agosto de 2021 y la solicitud de vinculación, radicada ante PORVENIR, de fecha 27 de octubre de 1995, lo siguiente:

i) Que la señora MYRIAM GRIJALBA MONCAYO se trasladó de COLPENSIONES al régimen de ahorro individual, ante PORVENIR S.A., mediante solicitud del 27 de octubre de 1995 y fecha de inicio de efectividad el 1° de noviembre de 1995, encontrándose actualmente afiliada a dicha AFP PORVENIR (Archivos No. 9, 13, 15 y 16, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.3. La señora MYRIAM GRIJALBA MONCAYO cuenta con 1.196 semanas cotizadas a PORVENIR S.A., para un gran total

de 1.369 semanas cotizadas (Archivo No. 11, págs.1-11, expediente digital de 1ra instancia).

6.12. CONCLUSIONES:

6.12.1. 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 efectivo al RAIS el 01 de noviembre de 1995, la demandante se encontraba afiliada al régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES, pues la actora cuenta con 173,29 semanas cotizadas, en el periodo comprendido del 17 de agosto de 1990 al 31 de octubre de 1995, es decir, la actora 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 la demandante estuvo afiliada al RPM.

6.12.2. 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 a la 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 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, 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 primero de noviembre de 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 y de los artículos 72, literal f) y numeral 1, del artículo 97, ambos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF).

Ahora, en respuesta a las apelación sobre la inversión de la carga de la prueba, la Sala considera, 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, radicaba en cabeza de esa demandada probar que sí cumplió con su deber legal, toda vez que la demostración de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearla, esto es, a la AFP.

6.12.3. 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 la actora no sea lega, 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 de la actora en el formulario de traslado en el año 1995, cuando se dio el traslado del RPM al RAIS, no se cumple el requisito legal del suministro de información, y los indicios alegados, 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 1995.

6.12.4. 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.

6.12.5. De otra parte, 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 lo sostenibilidad financiera de dicho fondo.

6.12.6. Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la declaración de ineficacia proferida en la sentencia de primera instancia. No obstante, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, 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 de la demandante en el RPM y proceda también a entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes de la actora, conforme se petitionó por la administradora del RPMPD, ya que dicho pedimento que hizo COLPENSIONES en su respuesta a la demanda (Archivo No. 23, pág. 5, expediente digital de 1ra instancia) no fue objeto de pronunciamiento por el Juez de Primera Instancia (Al respecto puede verse la sentencia de la CSJ-SCL SL629-2023).

7. SOBRE EL TRASLADO A COLPENSIONES DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, LAS PRIMAS DE SEGUROS PREVISIONALES Y LAS COTIZACIONES CON DESTINO AL FONDO DE GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, ASÍ COMO LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA.

Tesis de la Sala: Resulta procedente confirmar la sentencia de primera instancia que ordenó la devolución de las comisiones cobradas por la administración de la cuenta individual, porque de no hacerlo, se produce una desmejora en el capital que va a

recibir Colpensiones para financiar la pensión de la actora y de paso, se produce un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

Igualmente, se adicionará la sentencia de primera instancia, para ordenar la devolución de los valores pagados por las primas de los seguros previsionales, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, en el evento en que se hayan causado estas últimas, y a cargo de la demandada PORVENIR S.A.

Además, en virtud del grado de jurisdiccional de consulta y acorde con la línea de pensamiento de la CSJ-SCL, se adicionará el ordinal cuarto de la resolutive de la sentencia impugnada, para ordenar que los valores a devolver, atinentes a gastos de administración, comisiones, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, deberán ser debidamente indexadas por la AFP PORVENIR, al momento de su devolución a la administradora COLPENSIONES.

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 actora permaneció afiliada al fondo privado demandado, 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)”.

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).²

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

7.2. En punto a la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR, para la adquisición de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, en virtud de la apelación propuesta por PORVENIR y el grado jurisdiccional de consulta, surtido a favor de COLPENSIONES, la sala considera procedente negar los argumentos de la apelación y en su lugar, adicionar el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia, para ordenar a PORVENIR S.A., la devolución de tal concepto también, pues son valores que hacen parte de la cotización y su devolución surge dentro de los efectos de la ineficacia del traslado, como figura jurídica que obliga a que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido y por eso es que la Corte Suprema de Justicia, a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

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

² Negrita fuera de texto original

obligación, debería resolverse en proceso aparte entre las partes interesadas.

Lo anterior también, porque el valor de las pólizas de seguro se saca del 3% de la cotización, destinado para el pago de las mismas y los gastos de administración, pero nunca de la cuenta individual del afiliado y conforme lo dispone el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el Régimen de Ahorro Individual comprende el conjunto de entidades, normas y procedimientos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, los cuales están a cargo de las AFP del RAIS demandadas, 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 las AFP del RAIS demandadas no devuelvan el valor de las primas de los seguros previsionales, implicaría la violación directa del artículo 1746 del Código Civil, aplicable según la jurisprudencia y como se explicó anteriormente, a la figura de la ineficacia, en tanto las dos figuras dan a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiere existido el acto o contrato, máxime, cuando en este proceso tampoco se ha demostrado que se contrató el seguro previsional ni el valor de la póliza que es colectiva y de participación, conforme al artículo 108 de la Ley 100 de 1993 y menos, cuál es el valor que de la respectiva prima de seguros le corresponde a la demandante afiliada en este proceso para que se pudiera proferir una decisión en concreto si llegare a ser procedente, por lo que también, por falta de prueba es imposible que 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.

En consecuencia, en sede de consulta, se adiciona la sentencia apelada y consultada en este aspecto, conforme se indicó previamente.

7.3. En cuanto a las sumas por concepto de la cotización destinada a la garantía de pensión mínima, en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la Sala

estima procedente ordenar a las AFP del RAIS demandadas que procedan a su devolución, pues el Juez de Primera Instancia omitió pronunciarse al respecto y tal concepto procede, como quiera que dicha garantía se financia con el 1.5% de la cotización obligatoria que mes a mes debe realizar el afiliado al RAIS y que en virtud de la declaratoria de ineficacia y la figura de las restituciones mutuas, debe retornar íntegra al RPM.

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

Entonces, como la ineficacia comporta el desconocimiento de los efectos jurídicos del acto de traslado desde el mismo momento en que aquél pretendió materializarse, siendo consecuencia obligada la devolución de la cotización completa, aunque en su momento la misma haya sido distribuida en la forma indicada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, así como también los rendimientos financieros causados en vigencia de la afiliación efectuada de manera irregular, como quiera que de no haberse presentado, en el RPM la cotización también habría obtenido rendimientos.

Se habrá de adicionar entonces el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que también será objeto de devolución por parte de las AFP del RAIS demandadas, las sumas que haya descontado con destino a la garantía de pensión mínima, de las cotizaciones obligatorias que, mes a mes recibió a nombre de la demandante, en tanto se trata de un rubro que en la actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada.

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

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

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

7.5. 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:

En virtud del grado de jurisdiccional de consulta surtido a favor de COLPENSIONES y acorde con la línea de pensamiento de la CSJ-SCL, se adicionará el ordinal cuarto de la resolutive de la sentencia impugnada, para ordenar que los conceptos a devolver, atinentes a gastos de administración, 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.**”³*

Así las cosas, en aplicación de la línea de pensamiento de la CSJ-SCL, se adicionará el ordinal cuarto 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.

³ Negrita fuera de texto original

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 1995.

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

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

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

En la sentencia en mención, se afirma:

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

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

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

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

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia anotada, no procede declarar probada la excepción de prescripción alegada por el fondo privado accionado y Colpensiones, en tanto el(la) afiliado(a) puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral en cualquier momento para solicitar la declaración de ineficacia de la afiliación, y se defina en que régimen pensional se encuentra afiliado, aspecto que por analogía considera la Sala aplicable en este evento en que los hechos acreditados constatan una

ausencia de voluntad y consentimiento en el traslado de la demandante del RPM al RAIS; resaltándose que de ser afectada la acción que busca restablecer los derechos conculcados con el fenómeno de la prescripción, transgrede directamente derechos mínimos e irrenunciables de la demandante relacionados con la seguridad social y ligados a la pensión de vejez.

9. COSTAS

En aplicación del numeral 1° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, procede la condena en costas en esta instancia, a cargo de las entidades apelantes – PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., por cuanto no tuvieron prosperidad sus recursos de apelación, respectivamente.

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

10. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: SE ADICIONA el ordinal CUARTO de la parte resolutive de la sentencia del veintiséis (26) de mayo de dos mil veintidós (2022), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A., que normalice la afiliación de la demandante en el RPM y proceda también a entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes de la actora, según lo motivado en esta providencia.

SEGUNDO: SE ADICIONA el ordinal CUARTO de la parte resolutive de la sentencia del veintiséis (26) de mayo de dos mil veintidós (2022), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de 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, todos estos conceptos debidamente indexados; e igualmente, se ordena la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, siempre que se hayan causado, 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.

TERCERO: SE CONDENA en costas de segunda instancia a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, respectivamente, a favor de la parte demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

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

Los Magistrados:


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 A LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA SALA, DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MYRIAM GRIJALBA MONCAYO, CONTRA PROVENIR Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2021-000088.

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.

En segundo lugar, reconsidero la decisión que había tomado en proyecto anteriores y salvo parcialmente el voto respecto a la condena a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, siempre que se hayan causado e indexadas, porque no procede tal condena, en la medida que su causación necesariamente deviene del hecho del reconocimiento de la pensión de invalidez o de sobrevivientes y en tal evento, no procedería la declaración de ineficacia del traslado y/o afiliación al RAIS, como tampoco de la referida condena.


LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL