

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, dos (02) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARIEN LUCÍA GUETE VENENCIA
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. 2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - AFP PORVENIR S.A.
MIN. PÚBLICO	Dra. FRANCIA ELENA BELALCÁZAR CHAVÉS, Procuradora 12 Judicial I para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social.
RADICADO N°	19-001-31-05-001-2021-00321-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS - PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	Se MODIFICA PARCIALMENTE el ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada y consultada, únicamente para declarar la <u>ineficacia del traslado</u> del RPM al RAIS. EN LO DEMÁS, SE CONFIRMA.

1. ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, la Sala Laboral de esta Corporación

Judicial, 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 la apoderada judicial de la parte demandada AFP PORVENIR S.A; y el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, únicamente a favor de la entidad pública demandada COLPENSIONES, contra la Sentencia No. 073 del veintisiete (27) septiembre del año dos mil veintidós (2022), en primera instancia, proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DE POPAYÁN, CAUCA, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL de la referencia, promovido por la señora MARIEN LUCÍA GUETE VENENCIA.

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

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende la demandante: **(i) se declare** la nulidad y/o inexistencia de su vinculación y/o traslado, del régimen de prima media con prestación definida – RPMPD- administrado en este entonces por el ISS, al régimen de ahorro individual -RAIS- administrado por PORVENIR, por vicios en el consentimiento y falta del deber de información y asesoría; y, como consecuencia, **(ii) se declare** que PORVENIR debe asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de su pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubiere incurrido; **(iii) se declare** que PORVENIR debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores de los aportes y/o valores de su cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieran causado; **(iv) se ordene** a COLPENSIONES aceptar el traslado y/o la afiliación nuevamente y por lo tanto a recibir los aportes y demás conceptos causados en el fondo privado; y **(v) se condene** a las sociedades demandadas al pago de las costas y agencias en derecho (006MinutaDemanda, expediente digital primera instancia).

Como **fundamentos fácticos**, manifiesta que la demandante nació el 31 de diciembre de 1970, por lo que tiene más de 50 años. Que, diligenció afiliación al fondo privado de pensiones

administrado por PORVENIR el 26 de febrero de 1998; pero, previamente estuvo vinculada al régimen de prima media. Dice que, el asesor comercial de PORVENIR al momento del acto de afiliación omitió brindarle información valiosa e importante sobre las modalidades de pensión, es decir, sin recibir asesoría ni explicación clara ni precisa de las ventajas y desventajas fue inducida de manera ilegal e irresponsable bajo engaños, para el traslado del RPM al RAIS.

Añade que, el fondo privado le hizo proyección por primera vez el 6 de diciembre de 2021, a petición de ella, y como resultado de dicha proyección se puede observar una mesada pensional al cumplir los 60 años de \$1.061.116; siendo claro el engaño y perjuicio teniendo en cuenta su IBC.

Por último, señaló que solicitó por escrito a PORVENIR el día 15 de julio de 2021 que se declarara la nulidad del traslado con base en las inconsistencias presentadas en el proceso de traslado del RPM al RAIS; e igualmente, solicitó a Colpensiones su afiliación por medio de oficio del 23 de julio de 2021, pero, ambas solicitudes le fueron negadas.

2.2. Contestación por PORVENIR S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, la AFP PORVENIR S.A., a través de su apoderada judicial, contestó la acción y se **opuso a todas las pretensiones**, bajo el argumento que habilitar un traslado de régimen en cualquier tiempo ocasionaría un detrimento para la administradora de pensiones y afectaría directamente a la sostenibilidad financiera.

Alegó que la demandante es una persona capaz a la luz del artículo 1503 del C.C., quien conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 manifestó de forma libre y voluntaria su decisión de traslado, mediante la suscripción del formulario de vinculación dispuesto legalmente para tal fin, recibiendo una asesoría integral conforme las normas vigentes para la época, sin coacción, por lo que señala que el acto de vinculación es válido al no estar inmerso en vicios del consentimiento y reitera que el traslado estuvo precedido de una asesoría integral respecto de las ventajas y desventajas del RAIS y del RPMPD, por lo que no puede tildarse de falsa o engañosa.

Argumenta con base al Concepto No. 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015 de la Superintendencia Financiera de Colombia que el deber de la asesoría en los términos en que plantea la demandante solamente fueron previsto desde la creación del sistema de información al consumidor financiero con la Ley que reformó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero- Ley 1328 de 2009 y su Decreto Reglamentario 2555 de 2010-, y por ende cumplió con todos los requisitos legales respectivos al deber de información del momento.

Propuso como excepciones de mérito: (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 (024ContestaciónPorvenir, expediente de primera instancia).

2.3. Contestación por COLPENSIONES:

En ejercicio del derecho de contradicción y a la defensa, la apoderado judicial de la demandada COLPENSIONES contestó la demanda y luego de responder a cada uno de los hechos se **opuso a las pretensiones de la demanda**, como quiera que no se encuentra acreditado que se haya brindado por parte de la AFP una indebida asesoría, además de encontrarse PRESCRITA la acción correspondiente para dichos efectos al encontrarse a menos de 6 años de pensionarse y de acceder a su traslado se descapitalizaría el fondo de pensión y peligraría la sostenibilidad financiera.

Agregó que, el traslado del RPMPD al RAIS lo realizó la demandante de manera libre, informada y consciente. Además, dijo que, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría fue realizado con base a la normativa vigente para la época y debe ser evaluado conforme a esta, a lo que añade que por tratarse de un tercero de buena fe las actuaciones que dieron origen a la demanda son ajenas a Colpensiones.

En caso de accederse a las pretensiones, solicitó se ordene que: 1. Al momento de trasladar a COLPENSIONES las sumas ordenadas

en la sentencia respectiva, la AFP PORVENIR S.A. discrimine cada uno de los conceptos trasladados al RPM con sus respectivos valores; 2. 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 3. La devolución de sus aportes a COLPENSIONES, se dé con la respectiva entrega del archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: (1) inexistencia de la obligación - inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación del demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma, (2) retorno en cualquier tiempo al RPM, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera, (3) la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso, (4) errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C., (5) - indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales - vulneración del principio de la confianza legítima, (6) inoponibilidad por ser tercero de buena fe, (7) inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen, (8) se otorga un alcance que no corresponde al contenido de los Decretos 663 de 1993 y 692 de 1994, en cuanto a la voluntad vertida en el formulario de afiliación, (9) responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, (10) sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, (11) improcedencia de la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados, y (12) prescripción. (032ContestaciónColpensiones, Expediente de primera instancia).

2.4. CONCEPTO PRELIMINAR DEL MINISTERIO PÚBLICO:

La Procuradora 12 Judicial I para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social de San Juan de Pasto, rindió concepto preliminar en este asunto ordinario (040ConceptoPreliminarProcuraduríaIneficacia), manifestando que se atiene a lo que resulte probado durante el trámite procesal. Sin embargo, advierte que no se encuentra demostrado en el expediente que en efecto la demandante estuvo

afiliada al Instituto de Seguros Social con anterioridad al traslado de régimen pensional.

Con relación al análisis de las pretensiones indica que deben considerarse como fundamentos de orden jurídico el literal b) del artículo 13 y artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al igual que la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la CSJ, sobre lo que significa la expresión “libertad informada” que precede a las explicaciones sobre los efectos de un traslado de régimen pensional, la carga de la prueba y los efectos o consecuencias de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional (SL 1452-2019, SL4989-2018, SL 9519-2015, SL-609-2013 y SL-1688-2019).

2.5. Decisión de primera instancia:

El **JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, (CAUCA)** se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día 27 de septiembre de 2022, y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA No. 073**, en la cual resolvió: **(i) DECLARAR** la **INEFICACIA de la afiliación** de la señora MARIEN LUCÍA GUETE VENENCIA a la AFP PORVENIR, efectuada a partir del 1° de abril del año 1998. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada-demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; **(ii) CONDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** como fondo en el cual se encuentra afiliada la demandante **a trasladar a COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora GUETE VENENCIA, como cotizaciones y bonos pensionales (si los hubiere y estuvieren bajo la administración de la AFP), con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. De igual modo, la citada AFP deberá trasladar a Colpensiones primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las sumas adicionales de la aseguradora únicamente si se hubieren causado y el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, sumas que se deben devolver debidamente indexadas. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores y demás información relevante que los justifiquen, valores estos que deberán ser recibidos por COLPENSIONES.

(iii) ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. normalizar la afiliación de la demandante en el sistema correspondiente y entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes de la demandante al igual que su historia laboral debidamente actualizada; **(iv) ORDENAR** a COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante MARIEN LUCÍA GUETE VENENCIA al régimen de prima media con prestación definida y a recibir la devolución de los dineros ordenados en ese proveído; **(v) NEGAR** la prosperidad de las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas,; **(vi) CONDENAR** en costas a PORVENIR S.A; y **(vii) NO CONDENAR** en costas a COLPENSIONES.

TESIS DEL JUEZ: Considera, el fondo de pensiones PORVENIR incumplió el deber de brindar una información veraz y suficiente a la demandante al momento del cambio de régimen pensional y, por consiguiente, procederá a declarar la ineficacia en la afiliación efectuada por la señora MARIEN LUCÍA GUETE VENENCIA al RAIS con las consecuencias que ello acarrea.

Expone sobre el deber de información a cargo de las AFP y su inobservancia, sus efectos, carga de la prueba, que la firma del formulario de afiliación no es suficiente para dar por demostrado el deber de información.

Se fundamenta en el literal b) del art. 13 y art. 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1604 del Código Civil, y la jurisprudencia de la CSJSL (SL-1688-2019, SL3301-2021 y SL3328-2021, entre otras).

2.6. Recurso de apelación de PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A. presenta recurso de apelación frente a la orden impartida en la sentencia de primera instancia, aduciendo que si bien por la declaratoria de ineficacia se crea la ficción jurídica de que el demandante nunca estuvo afiliado al RAIS y por lo mismo estuvo vinculado al Régimen de Prima Media, al analizar los traslados que se deben efectuar a COLPENSIONES, frente a los aportes realizados por el demandante, se debe tener en cuenta que los rendimientos son los que se generarían como si aquel hubiese estado en el RPM y estos corresponden a los rendimientos RICKS, rendimiento porcentual mensual equivalente a la tasa anual efectiva de la reserva del ISS, hoy COLPENSIONES.

Que, además, por las labores de administración realizadas se generó un rendimiento notorio en el saldo de la cuenta de ahorro individual y por ende se deben realizar las compensaciones mutuas y no simplemente ordenar el traslado de los gastos de administración, como quiera que tanto Colpensiones como las AFP's reciben esa comisión como retribución de los servicios que presta al afiliado; de lo contrario, se genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones al permitir que esta entidad se beneficie de la administración de tales recursos en los periodos anulados mediante la ineficacia.

Que, en ese orden de ideas, es necesario considerar que al ordenar que se restituyan los valores por cuotas de administración y comisiones se desconocen las reglas sobre las **restituciones mutuas** reguladas en el artículo 1746 del Código Civil, pues, a pesar de que el fondo ejecutó cabalmente sus obligaciones y en tal virtud generó una rentabilidad a favor del demandante, aquellas gestiones se están dejando sin su correlativa compensación a la que tiene derecho la AFP, generándose un enriquecimiento injustificado para Colpensiones. Es decir, para la AFP no es posible retrotraer los efectos de las labores de administración.

De igual forma, **cuestiona la orden de restitución de las primas de seguros previsionales**, porque esos seguros son adquiridos por las AFP's en virtud de una obligación legal (Art.108 ley 100 de 1993), por lo tanto, la ineficacia únicamente alcanza al acto de traslado de régimen pensional y no al contrato de seguro, de tal forma que éste último durante su vigencia fue plenamente eficaz y produjo efectos, por ello, no resulta viable la devolución de ese concepto y en caso de haberse presentado algún siniestro, el accionante se hubiera beneficiado de la cobertura ofrecida o sus mismos beneficiarios.

Además, arguye que, ni los gastos de administración, comisiones, ni el valor para cubrir la prima de seguro provisional constituyen un detrimento al patrimonio del afiliado, por cuanto el legislador impuso a las AFP la obligación consagrada en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994.

Por todo lo anterior, **solicita se revoque la devolución de los gastos de administración y las primas de seguros, al igual que la condena en costas**, toda vez que a PORVENIR S.A. le asistió ánimo conciliatorio y ha actuado de buena fe bajo el principio de confianza legítima.

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con la nota secretarial suscrita por el secretario de esta Sala (09(1)NotaADespachoVencidoTrasladoAlegatosGuete, del Cuaderno del Tribunal); se recibieron oportunamente alegatos por parte de los apoderados de las entidades demandadas: Colpensiones y Porvenir S.A., así:

3.1. Alegados de Colpensiones:

La apoderada judicial de Colpensiones se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, por cuanto no se tuvo que para la época del traslado de la actora NO les era exigibles a los fondos documentar las asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de afiliación, pues esta es una carga que la jurisprudencia impuso posteriormente, lo contrario, implica imponer una carga a los fondos no prevista en el ordenamiento jurídico. De ahí que, sostenga que es necesario que el operador jurídico considere que lo que está ocurriendo en los asuntos como el que nos ocupa NO es porque el fondo privado incumplió, sino porque ocurrió un cambio normativo.

También sostiene que en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, con la modificación del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado que en su momento efectuó el actor, pues aquel no hace parte de la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002 para retornar al RPM en cualquier tiempo (06(2)AlegatosColpensiones, cuaderno de 2ª instancia).

3.2. Alegados de Porvenir:

La apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A. explicó brevemente sobre el Sistema General de Pensiones creado con la Ley 100 de 1993 y los regímenes previstos, así como sobre el deber de información en cabeza de las AFP a la luz de diferentes normativas, señalando que la señora GUETE posterior a la información recibida manifestó mediante su firma plasmada en el formulario de vinculación su voluntad de afiliación y que al haber permanecido por más de 23 años quedó demostrada su intención de permanecer en el RAIS.

Que, así, el juez de primera instancia está exigiendo a PORVENIR S.A. el cumplimiento de un deber de asesoría que no se encontraba vigente para la fecha en la que se realizó el traslado de la demandante.

Argumenta que, la carga de la prueba impuesta a PORVENIR S.A. resulta desproporcionada, pues además de que resta todo valor probatorio a los formularios aportados, no se tienen en cuenta los indicios que da cuenta de un traslado libre y voluntario, como por ejemplo: 1) La voluntad de mantenerse o permanecer en el RAIS por un espacio de tiempo de 23 años; 2) recibo de extractos de la cuenta de ahorro pensional sin observaciones; 3) ausencia de quejas o reclamos por parte de la demandante; 4) la información suministrada por la AFP por diversos medios; 5) que el afiliado a pesar de contar con la oportunidad para trasladarse dentro de los pazos de ley nunca tomó la decisión a sabiendas que dicho retorno precluía cuando le faltaren menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión.

Finalmente considera que, la carga de la prueba impuesta al fondo privado resulta desproporcionada y que la condena a cargo de las administradoras de devolver los dineros correspondientes a los gastos de administración y primas de seguro desconoce las reglas existentes en materia de restituciones mutuas y el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa, y que los gastos de administración no constituyen un detrimento al patrimonio del afiliado pues se trata de un gasto obligatorio por ley e independiente del régimen elegido, destinado a cubrir los costos en que incurre la administradora para desarrollar las actividades tendientes al cumplimiento de sus obligaciones. (08(12)AlegatosPorvenir, expediente digital de segunda instancia).

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

COMPETENCIA: En virtud de que la providencia de primera instancia fue apelada por la AFP PORVENIR S.A., quien integra 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 el recurso contra la sentencia de primer grado.

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

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

En relación con la legitimación en la causa por activa y pasiva no hay objeción alguna, porque la acción la ejerce el presunto titular del derecho reclamado, en contra de las personas jurídicas eventualmente obligadas a reconocerlo.

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

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

5. ASUNTOS POR RESOLVER

Acorde con el recurso de apelación y para responder al grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala Laboral resuelve los siguientes problemas jurídicos, los cuales se rigen por el **PRINCIPIO DE CONSONANCIA** que gobierna la segunda instancia, por lo que, de entrada, hay que señalar que, no obstante los alegatos de conclusión constituyen la oportunidad procesal otorgada a las partes para que, si a bien lo tienen, manifiesten sus impresiones respecto de lo ocurrido en el trasegar de la instancia correspondiente, con ellos no se abre la posibilidad a las partes para adicionar o variar los cargos de la demanda o los fundamentos de la apelación.

En ese orden, los **PROBLEMAS JURÍDICOS** a estudiar son los siguientes:

5.1. En virtud del grado de consulta en favor de Colpensiones:

¿Procede la declaración de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional de la demandante, la señora MARIEN LUCÍA GUETE VENENCIA, del RPM al RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A.?

Como asuntos asociados, se analizan los temas de: **(i)** el principio de la sostenibilidad financiera, **(ii)** el deber de información a cargo de las administradoras de fondo de pensiones y desde cuándo existe ese deber; **(iii)** la carga de la prueba en los casos de ineficacia de traslado de régimen pensional y, **(iv)** la teoría de los actos de relacionamiento.

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 la AFP PORVENIR S.A., se pasa a resolver:

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

En virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES y como se ha hecho en otros casos similares por esta Sala, se examinará:

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

Y en respuesta a la apelación de la AFP PORVENIR S.A. si con la declaratoria de ineficacia ¿los rendimientos que deben ordenarse devolver, de Porvenir S.A. a COLPENSIONES, son los que se hubieran generado en el RMP?

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

5.4. Y, finalmente, en respuesta a otro de los temas apelados por el fondo privado de pensiones, si procede la condena en costas de primera instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. o, si, debe exonerarse de esa condena en aplicación al principio de la buena fe.

6. RESPUESTA A LA CONSULTA SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS Y/O TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL:

La respuesta al primer interrogante **es positiva**, sin embargo, la

Sala concluye que se debe MODIFICAR PARCIALMENTE el ORDINAL PRIMERO de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, únicamente para declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS, efectuado por la demandante; y no la ineficacia de la afiliación al fondo privado, como lo hizo la Juez de Primera Instancia; y, confirmar lo demás, en cuanto a la decisión de permanencia de la demandante en el RPM administrado hoy por COLPENSIONES, contenida en la sentencia objeto de consulta, porque la administradora de pensiones AFP Porvenir S.A. al efectuar la asesoría para el traslado en el año 1998, incumplió con el deber legal del suministro de la información a la demandante, en forma clara y suficiente, en cuanto a los efectos positivos y negativos que acarrearía el cambio de régimen pensional, al cual estaba obligada en el momento del traslado.

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

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

- (i) *El régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones.*
- (ii) *El sistema de ahorro individual con solidaridad, bajo la tutela de las Administradoras de pensiones privadas.*

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

En este régimen, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen “*un fondo común de naturaleza pública*” que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo

dispuesto en la ley¹. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

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

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

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

(... ..)

“b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntario por parte del afiliado, quien 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 en tantos los hechos que lo motivan acaecieron en el año 1998 (año del traslado de régimen), 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.

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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 1998:

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 1998, 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 de 1993, se disponen las sanciones, en el evento del incumplimiento de las reglas sobre libre escogencia del régimen pensional que le asiste al trabajador, o cuando **“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa... ...”**

Y, además, expresamente se dispone que

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

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

6.9. Sobre casos similares al que nos ocupa, y en particular sobre el deber del suministro de la información clara, amplia y suficientes sobre los aspectos positivos y negativos de cada uno de los dos regímenes pensionales, a cargo de las AFP al momento de la afiliación y/o traslado entre regímenes, más allá de la firma del

formulario, la CSJ-SL, ha desarrollado una tesis pacífica, que puede consultarse 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.

(...)

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, en la sentencia CSJ-SL1440-2021 y más reciente SL610-2023.

6.11. HECHOS PROBADOS RELEVANTES:

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

6.11.1. La demandante MARIEN LUCÍA GUETE VENENCIA se afilió a la AFP PORVENIR S.A. mediante formulario Nro. 1007650, diligenciado el 26 de febrero de 1998 (026FormularioAfiliación CC 45494189 - PORVENIR 1998²).

Este formulario tiene la firma de la demandante, en la casilla correspondiente, con la constancia de que se realiza en forma libre, espontánea y sin presiones.

Lo anterior se reafirma con el certificado expedido el 07 de febrero de 2022, por parte del Gerente de Clientes de Porvenir S.A., donde se hace constar que **“MARIEN LUCIA GUETE VENENCIA, identificado(a) con Cédula de Ciudadanía 45.494.189, se encuentra afiliado(a) al Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir desde el 01 de abril de 1998”** (021CertificadoAfiliación CC 45494189, ibidem).

6.11.2. De acuerdo con la historia laboral consolidada en pensiones, actualizada al 19/07/2021, aportada con la demanda, se prueba que la señora MARIEN LUCIA GUETE cuenta con 1136.7 semanas cotizadas exclusivamente a Porvenir; 4.2 semanas le reportan en el sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda (OBP), como cotizadas en entidades públicas; y 133.5 por confirmar, lo cual equivale a un total de 1.141 semanas cotizadas en toda su vida laboral (pág.3 a 15, 002AnexosDemanda, expediente primera instancia).

6.11.3. El traslado del RPM al RAIS se constata mediante certificación del SIAFP, ubicado en el archivo 029VinculaciónSIAFP CC 45494189, así:

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 9:29:16 AM
Afiliado: CC 45494189 MARIEN LUCIA GUETE VENENCIA [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 45494189

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	1994-07-19	2007/08/02	COLPENSIONES			1994-07-19	1998-03-31
Traslado regimen	1998-02-26	2004/04/16	PORVENIR	COLPENSIONES		1998-04-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 45494189

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1998-02-26	1998-03-03	01	AFILIACION	PORVENIR	

Un item encontrado.

² Cuaderno de Primera Instancia.

6.11.4. Con el REPORTE DE SEMANAS cotizadas en pensiones al ISS, HOY COLPENSIONES, del 09 de febrero del año 2022 (036ReporteSemanasCotizadasPensiones), se constata que la demandante estuvo afiliada al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA a través del ISS (hoy COLPENSIONES), desde el 19 de julio de 1994, hasta su traslado a Porvenir en el ciclo 199802, cotizando un total de 184,14 semanas aportadas a dicho régimen.

6.11.5. La demandante presentó ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES solicitud la nulidad de su traslado de régimen pensional, la cual fue negada mediante oficio del 23 de julio de 2021 (pág.25, 002AnexosDemanda); y de similar manera elevó solicitud ante la AFP PORVENIR S.A., en procura de obtener la anulación de la afiliación y el traslado de sus aportes a COLPENSIONES, con sus rendimientos, obteniendo respuesta negativa del fondo privado (002AnexosDemanda, Pag.16 a 22).

6.11.6. En su interrogatorio de parte (récord 27:17 y s.s. del audio de primera instancia), la demandante MARIEN LUCÍA GUETE VENENCIA indicó que a la fecha no ha solicitado el reconocimiento de su pensión de vejez y que cuando inició su vida laboral estuvo afiliada al ISS. En cuanto al traslado a PORVENIR explicó que se le dijo para ese momento por parte de los asesores que era lo más conveniente porque el ISS iba a desaparecer y nunca se le informó sobre su derecho de retracto. Además, niega la demandante haber efectuado al fondo privado aportes voluntarios.

CONCLUSIONES:

1. Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados, en el momento del traslado al RAIS, efectiva desde el 01 de abril de 1998, MARIEN LUCIA GUETE VENENCIA presentaba afiliación inicial al régimen de prima media administrado por el ISS, hoy Colpensiones.

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 en el año 1998 cuando la demandante suscribió solicitud de traslado, le hubiese dado a conocer a la señora MARIEN LUCIA

GUETE VENENCIA en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, de las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, y con tal conducta procesal, cabe predicar que la demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable; ya que si se le explica desde el principio el manejo de la cuenta individual, que los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado y los factores que inciden en el monto de la pensión; la persona tiene una información precisa, con la cual puede deducir si acepta o no el traslado.

La ausencia de información sobre la decisión de traslado se verifica además con lo dicho por la propia demandante en su interrogatorio de parte.

Este deber de información clara y completa de los dos regímenes, sí estaba vigente para la fecha del traslado, en el año 1998, cuando se dio la afiliación efectiva a PORVENIR S.A., acorde con la interpretación sistemática del literal b) del artículo 13, en conjunto con el artículo 271, ambos de la Ley 100 de 1993; en consonancia con los artículos 72, literal f) y numeral 1, del artículo 97, ambos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

3. La consecuencia jurídica de la falta de prueba del cumplimiento de este deber legal de la entrega de la debida información, es la prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sobre la INEFICACIA JURÍDICA DEL ACTO O NEGOCIO DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS, tal cual lo tiene decantado la CSJ-SL en las providencias transcritas.

La Sala reitera, con la sola firma del formulario, como ocurre en este caso, no se prueba la elección libre y voluntaria del traslado, dado que, como lo ha sostenido la CSSJL, ese formulario preimpreso sólo acredita un consentimiento, pero no informado. Por manera que no basta adherirse a una cláusula genérica, sino que se debe demostrar por el fondo privado que al afiliado se le dieron a conocer todos los elementos definitorios de los dos regímenes pensionales y que tuvo pleno conocimiento de la trascendencia de la decisión que estaba tomando, lo cual se echa de menos en el caso de la demandante.

Además, no constituyen indicios serios de la validez del traslado, el hecho de permanecer en el RAIS por más de 05 años sin

presentar observaciones o quejas y no efectuar el derecho a retractarse dentro de los plazos legales.

4. En consonancia, 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.

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 de la afiliada, cuando cumpla los requisitos legales, garantizándose así la sostenibilidad financiera de dicho fondo.

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

Por demás, importa resaltar, no es necesario estar *ad-portas* de causar el derecho o tener un derecho causado, lo que la Corte ha limitado es regresar al RPM cuando al(la) demandante le ha sido reconocida la pensión de vejez, por tratarse dicho estatus de una situación jurídica inmodificable, lo que no es el caso de la demandante que aún conserva la calidad de afiliada al sistema

general de pensiones (CSJSL, decisión del 31 de mayo de 2022 (SL1798-2022, Radicación N.º 89558).

7. Al tenor de todo lo expuesto, procede la declaración de ineficacia del traslado al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. así las cosas, se debe MODIFICAR el ORDINAL PRIMERO de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, únicamente para declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS, efectuado por la demandante; y no la ineficacia de la afiliación al fondo privado, como lo hizo la a quo; y, confirmar lo demás, en cuanto a la decisión de permanencia de la demandante en el RPM administrado hoy por COLPENSIONES, contenida en la sentencia objeto de consulta.

7. RESPUESTA A LA ORDEN DE DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, PRIMAS DE SEGUROS Y DEMÁS VALORES A DEVOLVER COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RAIS, PARA CONTESTAR LA APELACIÓN DE PORVENIR Y LA CONSULTA A FAVOR DE COLPENSIONES:

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

A falta de apelación, en sede de consulta, se confirma (i) la devolución de los valores por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, siempre que se hubieren causado; (ii) los bonos pensionales que hubiese recibido Porvenir, y (iii) lo descontado con destino al fondo de garantía de la pensión mínima.

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

7.1. Con relación con la devolución de 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 exime tal devolución, la Sala no avala tal pedimento, por las siguientes razones:

Es procedente la condena a la devolución de los gastos de administración que se recibieron mientras la señora MARIEN LUCÍA GUETE VENENCIA permaneció afiliada a ese fondo privado, por vía de la aplicación de la doctrina probable emanada de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiterada por ejemplo en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, al afirmar:

*“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. **Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga [a] las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)**”.* (Negrilla fuera del texto original).

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

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

el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

Por tal razón, tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).”

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

Con el fin de que conserven su valor actualizado al momento de su devolución, es proceden la indexación de los valores descontados.

El mismo precedente atrás expuesto, sirve de sustento para confirmar la devolución de bonos pensionales, en caso de que PORVENIR los hubiere hecho efectivos.

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

Y es que, según el precedente de la CSJSL, “...el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las **restituciones mutuas** que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal

disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.” (SL3349-2021) – Negrilla por la Sala-

En punto a la solicitud de que los rendimientos a devolver sean los que se hubieran generado en el RPM más no los que se generaron en el RAIS, la Sala no está de acuerdo, porque, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, del RPM al RAIS, conlleva restituir las cosas al estado en que se hallarían de no haber celebrado el traslado que se declara ineficaz (*vuelta al statu quo ante*), esto es, retrotraer la actuación al estado anterior a la afiliación a ese régimen, lo que significa que la AFP PORVENIR S.A. debe devolver los aportes que reposen en la cuenta de ahorro individual del afiliado y sus rendimientos con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, y estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y pertenecen a la afiliada.

Así, la declaratoria de ineficacia conlleva, entonces, a la devolución con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, junto con los valores descontados de dicha cuenta por concepto de los gastos de administración, tal cual lo ordenó la Juez, pero adicionando en sede de consulta la indexación de estos valores, en virtud del precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la CSJ, con valor de doctrina probable.

7.2. En cuanto a las sumas por concepto de la cotización destinada a la garantía de pensión mínima: La Sala estima procedente en sede de consulta confirmar la decisión de que PORVENIR S.A. proceda a su devolución, como quiera que dicha garantía se financia con el 1.5% de la cotización obligatoria que mes a mes debe realizar el afiliado al RAIS y que en virtud de la declaratoria de ineficacia y la figura de las restituciones mutuas, debe retornar íntegra al RPM (Se puede consultar, entre otras, la decisión SL563-2023).

A partir de lo consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley

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

Entonces, como la ineficacia comporta el desconocimiento de los efectos jurídicos del acto de traslado desde el mismo momento en que aquél pretendió materializarse, siendo consecuencia obligada la devolución de la cotización completa, aunque en su momento la misma haya sido distribuida en la forma indicada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, así como también los rendimientos financieros causados en vigencia de la afiliación efectuada de manera irregular, como quiera que de no haberse presentado, en el RPM la cotización también habría obtenido rendimientos, se habrá de CONFIRMAR la parte resolutive de la sentencia consultada, por ser procedente la devolución por parte de la AFP Porvenir S.A. de las sumas que haya descontado con destino a la garantía de pensión mínima, de la cotizaciones obligatorias que mes a mes recibió a nombre de la demandante GUETE VENENCIA, en tanto se trata de un rubro que en la actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada.

7.3. En relación con la **devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras**, analizado el tema en sede de consulta, se confirmará la decisión de primera instancia, 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. (Ver, también, providencia SL563-2023, de la CSJ-SL, Sala de Descongestión Nro. 02).

7.4. En respuesta al punto apelado sobre la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR para la adquisición de los seguros previsionales, se confirma tal condena, ya que son valores que hacen parte de la cotización y su devolución surge dentro de los efectos de la inexistencia del traslado, como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, y por eso es que la Corte Suprema de Justicia a lo largo de su jurisprudencia ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la inexistencia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

Y es que igualmente no se considera procedente que, para resolver la relación jurídica entre el afiliado y las administradoras vía ineficacia del traslado, se pueda echar mano a la validez de un contrato de seguro con un tercero, que es una relación jurídica ajena al proceso, de la cuál si surgiere algún derecho u obligación, debería resolverse en proceso aparte entre las partes interesadas. Lo anterior, porque, el valor de las pólizas de seguro se saca del 3% de la cotización, destinado para el pago de las mismas y los gastos de administración, pero nunca de la cuenta individual del afiliado y conforme lo dispone el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS comprende el conjunto de entidades, normas y procedimientos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, los cuales están a cargo de Porvenir independientemente de cómo se financien, que en el caso de la pensión de sobrevivientes y de invalidez, se financian con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional, el bono

pensional (si a ello hubiere lugar) y la suma adicional, que estará a cargo de la aseguradora.

De ahí que, permitir que Porvenir no devuelva el valor de las primas de los seguros previsionales, implicaría la violación directa del artículo 1746 del Código Civil, aplicable según la jurisprudencia y como se explicó anteriormente, a la figura de la inexistencia, en tanto las dos figuras dan a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, máxime, cuando en este proceso tampoco se ha demostrado que se contrató el seguro previsional ni el valor de la póliza que es colectiva y de participación, conforme al artículo 108 de la Ley 100 de 1993 y menos, cuál es el valor que de la respectiva prima de seguros que corresponde para que se pudiera proferir una decisión en concreto si llegare a ser procedente, por lo que también, por falta de prueba es imposible que no prospere lo referente a la devolución de las primas del seguro previsional, que como ya se dijo, se entienden incluidas en la devolución de la cotización completa al RPM. Es decir, en sede de consulta, se confirma la sentencia consultada en este aspecto.

No sobra señalar, en decisiones SL-500-2022 y SL474-2023, la CSJSL precisó que los fondos privados se encuentran en la obligación de trasladar la Administradora Colombiana de Pensiones, aquellas sumas de dinero utilizados en seguros previsionales.

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 20 años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 1998.

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

derechos a la seguridad social y libre escogencia de régimen de la actora.

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

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

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

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia anotada, no procede declarar probada la excepción de prescripción alegada por el fondo privado y Colpensiones.

9. SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS A CARGO DE LA AFP PORVENIR S.A. EN PRIMERA INSTANCIA

La Sala desestima esta petición formulada en la apelación, por las siguientes razones:

El artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable a los procesos laborales por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la S.S., establece que las costas que se causan “*en los procesos y en las actuaciones posteriores a aquéllos en que haya controversia*”, estará a cargo de la parte vencida en el proceso, o de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de

apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.

Atendiendo a la regla anterior, el pago de las costas procede contra la parte vencida en el proceso, sin que la norma establezca ningún parámetro adicional, esto es, para definir a cargo de quién corre el pago de tales erogaciones se requiere establecer si se trata de la persona que ha sido vencida en juicio y si las pretensiones prosperaron total o parcialmente; de ahí que, esa condena no se funde en un criterio subjetivo o valorativo de la conducta de las partes.

Por lo tanto, como la AFP PORVENIR S.A. fue vencida en este juicio y fue la entidad que provocó la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, del RPM al RAIS, atendiendo la falta de cumplimiento de sus obligaciones legales sobre el deber de información para con su pretendiente afiliado, no hay lugar a su exoneración.

10. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

En aplicación del numeral 1° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, procede la condena en costas en esta instancia, a cargo de la entidad apelante y demandada AFP PORVENIR S.A., por cuanto no tuvo prosperidad su recurso de apelación y el Magistrado Ponente fijará las agencias en derecho, en la oportunidad procesal.

11. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el **ORDINAL PRIMERO** de la parte resolutive de la SENTENCIA Nro. 073, proferida el día veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintidós (2022), en primera instancia, por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA), dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora MARIEN LUCÍA GUETE

VENENCIA contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., únicamente en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS.

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

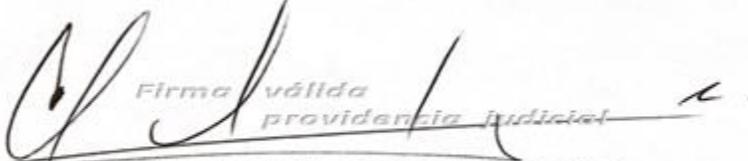
TERCERO: SE CONDENA en costas de segunda instancia a la AFP PORVENIR S.A. a favor de la demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. Las agencias en derecho como se dijo en la parte motiva.

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

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

Los Magistrados,


Firma válida
providencia judicial
LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO PONENTE
(CON SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO)


Firma válida
providencia judicial
CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL


Firma válida
providencia judicial
CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO

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