

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



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

**Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS**

Popayán, dieciséis (16) de febrero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTES	JIMENA YASNÓ GALLEGO
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES 2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICADO	19-001-31-005-002-2020-00009-01
INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA
TEMA	TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL - INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS.
DECISIÓN	Se adiciona el ordinal segundo para ordenar a porvenir la devolución de los gastos de administración indexados, las cotizaciones obligatorias con destino a la garantía de la pensión mínima, las sumas pagadas por concepto de los seguros previsionales y a la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, siempre que se hayan causado. En lo restante se confirma la sentencia de primera instancia.

1.- ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, 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 las partes demandadas y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de Colpensiones**, contra a la Sentencia del catorce (14) de julio de dos mil veintiuno (2021), 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 nulidad del traslado al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A de JIMENA YASNO GALLEGO; **(ii) Que se declare y ordene** que PORVENIR S.A debe asumir con 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; **(iii) Que se declare y ordene** que PORVENIR S.A debe trasladar a la administradora de régimen de prima media, los valores de la cuenta de ahorro individual del acto, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales, y sumas adicionales de las aseguradoras con los rendimientos que se hubieren causado; **(iv) Que se ordene** a la entidad demandada pago de las costas y agencias en derecho (Archivo 05(20) demanda, del expediente digital de primera instancia)

Como **fundamento facticos relevantes se resume que:**

La actora se trasladó al fondo de pensiones Porvenir en el mes de septiembre de 2002, estando vinculada al ISS, cuando los promotores de dicha entidad, informaron a la actora, unas condiciones presuntamente más favorables que las ofrecida por el ISS, teniendo en cuenta los ingresos que percibía en ese momento y que omitieron informar que el monto de la pensión estimada era de carácter relativo y no absoluto, pues se encontraba sujeto a factores que podrían disminuir el monto de la pensión, razones por la cuales, Porvenir S.A. incumplió con una de sus obligaciones legales de suministrar a sus potenciales clientes, una información adecuada, suficiente y cierta, de manera que la decisión adoptada por la actora, hubiera sido libre y espontánea, que no afectara su consentimiento ni estuviera posiblemente viciado. Sin embargo, en ningún momento se le brindó información sobre las ventajas y desventajas de cada régimen, para que ella con dicha información, escogiera el régimen más favorable a sus intereses.

La última proyección realizada el 04 de diciembre de 2019 por Porvenir S.A., establece que la actora no tendrá derecho a la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado cuando cumpla los 61 años de edad.

Si la actora estuviera afiliada al régimen de prima media, al cumplir los 61 años de edad y las 1300 semanas cotizadas, tendría derecho a una pensión de vejez del 65% del promedio de los últimos 10 años cotizados.

2.3. Contestación de la demanda PORVENIR S.A

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderada judicial, luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, se **opone a todas las pretensiones**, al considerar que es improcedente la solicitud de nulidad de traslado, pues la afiliación no contiene algún vicio en el consentimiento expresado por la parte demandante al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a la AFP, por el contrario, están dados todos los requisitos de ley; que la selección de cualquier régimen, es libre y voluntario por parte del afiliado, quien manifiesta por escrito

su elección al momento de la vinculación o del traslado, mediante la suscripción de la solicitud de afiliación al respectivo fondo; que se suministró la información acorde con las reglas vigentes y la actora era consciente de mantenerse en el RAIS por mas de 18 años sin haber presentado con anterioridad al año 2019 ninguna inconformidad y constituye un acto de ratificación de permanencia en el régimen.

Consideran que tildar de falsa y engañosa la manifestación del asesor, en el sentido de indicar que puede lograr obtener una pensión más alta que la que obtendría en el RPM, no es un argumento válido, pues la edad y el monto de la pensión que logre alcanzar, dependen directa y exclusivamente del afiliado y no de la administradora del RAIS.

Finalmente señala que, para el caso concreto, la parte demandante, al suscribir el formulario y la solicitud de vinculación al fondo de pensiones obligatorias, efectuó una declaración relacionada con su voluntad para afiliarse a este fondo, dejando expresa constancia de que lo hizo en forma libre, sin presiones y con el conocimiento pleno de la información que, a la fecha de su solicitud, debían brindar las administradoras.

Propuso como excepciones de mérito: “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” e “innominada o genérica”.

2.3. Contestación de la demanda COLPENSIONES

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderado judicial, luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, se **opone a todas las pretensiones**, con fundamento en que los supuestos engaños que la parte actora enuncia como vicios del consentimiento, se traducen en errores de derecho, los cuales no vician el consentimiento, pues la ley y por ende sus efectos,

se presumen conocidos por todos, sin que le sea dable años después sustraerse de las consecuencias de sus propios actos.

Aduce que, no es dable aceptar el traslado de la demandante toda vez que nació el 28 de octubre de 1968, por lo que actualmente cuenta con 52 años de edad, teniendo en cuenta la ley, la edad para adquirir derecho a la pensión de vejez para las mujeres es de 57 años, sin embargo, la demandante se encuentra a menos de 10 años de adquirir el requisito de edad para consolidar su derecho a dicha prestación, en consecuencia, no es posible que se acceda al traslado de régimen.

Respecto al análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, señala que deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario de la materialización del traslado; agrega que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras, obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues la exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y de debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Señala que existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado. Que la única manera de desvirtuar esta regla es demostrando la preexistencia de una fuerza que hubiere viciado el consentimiento.

Sostiene que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, pues genera una situación caótica que quebranta la

debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del sistema pensional.

Finalmente, aduce que la corte constitucional solo ha permitido el traslado en cualquier tiempo, en los eventos en que un afiliado que inicialmente pertenecía al RPM, se afilia al RAIS y desea volver al primero, podrá hacerlo siempre y cuando conserve el régimen de transición y adicionalmente acredite 15 años de cotización al 1 de abril de 1994.

Propuso como excepciones de mérito: *“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 la seguridad social”, “juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado”, “improcedencia de cobro de costas a Colpensiones” e “innominada o genérica”.*

2.4. Decisión de primera instancia

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día catorce (14) de julio de 2021, y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar SENTENCIA en la cual: **declaró** de conformidad con lo dispuesto en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, la ineficacia del traslado o al régimen de ahorro individual con solidaridad que a partir del 24 de septiembre del 2002 se atribuye a la señora Jimena Yasno Gallego a través de la AFP Porvenir S.A., ante la inexistencia de su consentimiento libre y voluntario en la escogencia del régimen de ahorro individual. Por lo anterior, la señora Jimena Yasno Gallego, conservó el derecho a permanecer en el régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones y en consecuencia **condenó** a Porvenir S.A. como ultima administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos

los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, bonos pensionales si es del caso, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, con todos sus frutos e intereses y rendimientos financieros que se hubieren causado. Estos valores deberán ser recibidos por Colpensiones en razón a la ineficacia que se declara en esta providencia judicial.

Negó la excepción de prescripción propuesta por PORVENIR S.A

Así mismo, condenó en costas a PORVENIR S.A.

TESIS DEL JUEZ: Expuso que en este evento ante la ausencia de prueba en el cumplimiento de la obligación de suministrar al accionante una información clara y suficiente en el traslado al régimen de ahorro individual, hay lugar a declarar su ineficacia en aplicación en lo dispuesto por el art 271 de la ley 100 de 1993, sin que para el caso haya operado la prescripción en términos del art 151 del código procesal de trabajo y de la seguridad social.

Agrega que, sobre el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones, la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que se trata de un deber exigible desde su creación, pero además señala que en esta clase de proceso la carga de la prueba se invierte y por tanto le corresponde probar a la administradora de pensiones que sí cumplió con esta obligación en forma suficiente y clara, los cuales, de no ser cierto incurren en sanciones pecuniarias.

Frente a los efectos de la inobservancia de este deber de información, afirma que la misma sala laboral de la corte suprema de justicia, señaló que los diligenciamientos de los formularios, no son una prueba suficiente de una manifestación de la voluntad completamente libre, sino el cotejo con la información brindada que debe corresponder a la realidad.

Finalmente expresa que es claro que no es posible verificar que la administradora de pensiones cumplió con el deber de suministrar la información completa y suficiente al afiliado que le permitiera conocer tanto lo positivo como lo negativo de cada régimen pensional, por lo tanto, señala que se genera la

ineficacia de esta afiliación o traslado en aplicación a los dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993

2.5. RECURSO DE APELACIÓN DE PORVENIR.

El apoderado judicial, inconforme con la sentencia de primera instancia, alega, en resumen: Que a la fecha de la firma del formulario de traslado el 01 de noviembre de 2002, se procedió conforme al literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en su versión original que imponía “... *...el deber de 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 le permiten con elementos de juicios claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado.*”

Se opone a la tesis de la CSJ-SL de aplicar retroactivamente el deber de información del traslado, consagrado en la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 y la Ley 1748 de 2014, con desconocimiento de la sentencia C-239 de 2001, el artículo 38 de la ley 153 de 1887 y el principio de confianza legítima, por lo tanto, como no se incumplió el deber de asesoría, no procede la ineficacia declarada; además, la actora permaneció desde el 2002, hasta el 2021, demostrando su intención y decisión de permanecer en el RAIS.

Alega que “... *...También se está dando la vulneración sobre la carga de la prueba y la valoración probatoria, se desconocen las pautas que imponen un estudio conjunto, pues de acuerdo con el artículo 176 del código general de proceso, se restó el valor probatorio a la manifestación consignación en el formulario de vinculación*” y a continuación insiste que tales manifestaciones están conformes con el artículo 13 de la ley 100 y los requisitos establecidos en el decreto 1326 de 1996 e instrucciones de la Superintendencia financiera en lo que respecta a su contenido; que al valorar las manifestaciones del formulario en forma aislada, no se hace conforme al artículo 242 del CGP, junto con los indicios de “... *...la voluntad de mantenerse y permanecer en el RAIS por un espacio de tiempo desde el año 2002 hasta la fecha, haber recibido extractos de la cuenta de ahorro sin*

observaciones, ausencia de quejas o reclamos por parte de la demandante, la información suministrada por la AFP en diferente medios, también que el afiliado a pesar de haber contado con la oportunidad de retractarse dentro de los plazos de ley nunca tomó la decisión de retorno, la carga de la prueba impuesta a PORVENIR resulta desproporcionada, además que resta todo valor probatorio a los formularios aportados no se tienen en cuenta los indicios que dan cuenta de un traslado libre y voluntario adicionalmente del querer del demandante.”

Se opone a la devolución de los gastos de administración, porque se desconocen las reglas de las restituciones mutuas del artículo 1746 del CC y el principio de enriquecimiento sin causa, puesto que *“Se desconoce también las reglas sobre las restituciones mutuas, se desconoce que existen prestaciones que por su naturaleza no pueden retrotraerse y constituye un límite o excepción a los efectos retroactivos de la declaratoria de ineficacia, la condena a cargo de las administradoras de devolver los dineros correspondiente a los gastos de administración y comisiones incluido para cubrir las primas de seguro provisional desconoce la reglas existentes en materia de restituciones mutuas y el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa, en efecto el régimen de las restituciones mutuas tiene como objeto fundamental que los traslados patrimoniales que quedan sin justificación por la declaratoria de ineficacia del acto jurídico sean devueltos a las partes que los originaron de tal forma que se les ponga en las circunstancias en las que se encontrarían si aquel no hubiere tenido lugar, ahora en el presente caso la demandante firmó el formulario de vinculación ante Porvenir generó frente al sistema general de pensiones un contrato valido y se generaron obligaciones reciprocas para las partes para __ se generó la obligación de administrar los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, cuenta que solo fue creada en virtud de la manifestación libre y voluntaria que hizo la demandante de querer permanecer a Porvenir, por lo tanto la AFP se encuentra obligada a cumplir con los requisitos y formalidades establecidas dentro del RAIS entre ellas la albores de administración de los recursos depositados en la cuenta labores de administración que ha cumplido Porvenir desde el momento que la demandante se encuentra vinculada con el fondo desde el año 2002, estas labores de administración de dichos recursos generan para la AFP Porvenir el gasto de la plataforma o*

la destinación del talento humano para poder ejercer o invertir en papeles y activos permitidos tales como test, bonos, acciones es decir el dinero que aporta un afiliado se encuentra representado en inversiones que realiza el fondo donde cada afiliado tiene una cuenta que se ve reflejada en las inversiones, dichas deben ser valoradas diariamente por los fondos de pensiones en cumplimiento de lo establecido en el capítulo I de la circular externa 100 de 1995 expedida por la Superintendencia Financiera.

Finalmente solicita: “revocar la orden judicial de primera instancia dado que Porvenir cumplió con el deber de información que le era exigible para la fecha del traslado por lo cual el acto jurídico no puede ser declarado ineficaz, no obstante de mantenerse la decisión respecto solicitamos que no se ordene a Porvenir trasladar los valores referentes a la cuota de administración ni sumas adicionales toda vez que la normatividad artículo 1503 del código civil la demandante es una persona capaz y al haber firmado el formulario de vinculación ante mi representada se formalizó dicho trámite conforme a la regulación vigente para la época, por ello el objeto y la causa del traslado con lícitos y se generaron obligaciones reciprocas, se llama la atención que en sede judicial se tomen en estos casos de solicitud de traslado, deben considerar las reglas sobre las restituciones mutuas, equidad y el principio de sostenibilidad financiera regulado en el artículo 48 de la constitución el mantenimiento del orden legal y la seguridad jurídica y por ello solicitamos se revoque la orden del traslado de recursos destinados a gastos de administración y sumas adicionales que nunca han ingresado a Porvenir y en su lugar se ordene la aplicación 7 del decreto 3995 de 2008 que regula el traslado de recursos entre los diferentes regímenes pensionales”.

2.5.1. RECURSO DE APELACIÓN DE COLPENSIONES

Según la transcripción del audio, en concreto alega que “... debe señalarse que en cuanto a la vinculación al régimen de ahorro individual esta es libre y voluntaria por parte de la parte demandante quien manifestó por escrito al momento de la

vinculación o traslado conforme lo establecido en el artículo 11 del Decreto 692 de 94 y fue adoptada por la decisión de la Superintendencia financiera circular 034 y 037 del 94, conforme a la norma mencionada no se encuentra una argumentación válida para considerar que no existe una prueba veraz y suficiente con la cual la demandada Porvenir acreditara haber informado al afiliado sobre las consecuencias de su traslado derivando este acto en una ineficacia del traslado, no se configura los elementos que la demandante pueda volver hacer parte del RPM ya que la ineficacia del traslado se basa en un insuficiente e indebida información dada por parte de Porvenir pero lo que se pudo establecer en el proceso es que el engaño se concreta es en una evaluación salarial que conlleva una variación en el monto pensional que es lo que mueve a la demandante a solicitar el traslado, debe decirse que la afiliada no es una afiliada lego, sino que es una persona capaz, consiente y que firmó un contrato con la AFP la cual genera obligaciones para ambas partes, así mismo debe tenerse en cuenta que a pesar que se declare ineficacia y se condene a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad cotizaciones, rendimientos y gastos de administración se genera una afectación al sistema pensional por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema dado que el periodo de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficacia, y asegurar la intangibilidad del sistema asegurar los recursos para asegurar el pago de futuras mesadas y el ajuste periódico de las mismas, conforme a lo establece la corte constitucional en sentencia C1024 por lo cual respetuosamente solicito se revoque la sentencia dictada en el presente asunto.”

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

El apoderado de la parte demandante pese a estar debidamente notificada guardo silencio, según constancia secretarial.

La apoderada de la demandada COLPENSIONES presentó sus alegatos de conclusión reiterando algunos argumentos de la apelación e incluye nuevos relacionados con la indebida aplicación de la carga dinámica de la prueba, la omisión de la actora de preguntar a los asesores y posteriormente averiguar la proyección pensional y que no procede la cesación de los efectos jurídicos de los contratos con terceros involucrados como las aseguradoras, entidades oficiales e inversiones, que trae consigo un déficit económico de los actores del sistema de pensiones.

El apoderado judicial de Porvenir, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, insistiendo que Porvenir cumplió con el deber de información que le era exigible para la fecha de los hechos o del traslado por lo cual el acto jurídico no puede ser declarado ineficaz. Sin embargo, que, de mantenerse la decisión, no se ordene a Porvenir trasladar los valores referentes a cuota de administración, toda vez que, a la luz de la normatividad, el demandante es una persona capaz, y al haber firmado el formulario de vinculación se formalizó dicho trámite conforme a la regulación vigente para la época.

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES:

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

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

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

En relación con la legitimación en la causa por activa y

pasiva no hay objeción alguna, porque la acción la ejerce el presunto titular del derecho reclamado, en contra de la persona jurídica eventualmente obligada 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

La Sala Laboral resuelve los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS**:

5.1. En respuesta conjunta a los recursos de apelación propuestos, tanto por la AFP Porvenir S.A. como por Colpensiones, se estudiará:

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

Como asuntos asociados, se analizan los temas alegados sobre la inversión de la carga de la prueba, la existencia de un simple error de derecho y las consecuencias jurídicas de la permanencia del actor en el RAIS.

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

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico ordenar a Porvenir S.A., que traslade también al RPM, los gastos de administración?

5.3. En sede de consulta en favor de Colpensiones, se debe resolver si procede ordenar: (i) la devolución de los gastos de administración indexados, (ii) las primas de seguros

previsionales, (iii) las cotizaciones con destino al fondo de garantía de la pensión mínima, (iv) la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras y (v) verificar 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, porque la administradora de pensiones Porvenir S.A., al efectuar la asesoría para el traslado en el año 2002, 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 acarreaba el cambio de régimen pensional, al cual estaba obligada en el momento del traslado, como se explicará más adelante.

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”*.

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.”

(... ...)

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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 2002, 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. (... ...)

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 ibídem, 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.

En reciente sentencia CSJ SL1452-2019, la CSJ Sala Laboral se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una *expectativa de pensión* o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

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

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ

SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

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

(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

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

6.10. 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 el interrogatorio de parte y las contestaciones a la demanda por las entidades demandadas, se obtienen los siguientes hechos probados:

6.11.1. Según la información consignada en la historia laboral consolidada de la demandante, expedida por Porvenir, estuvo afiliada al RPM, administrado por el extinto ISS, entre febrero de 1990 a diciembre de 1996, según se desprende del archivo 04(16) anexos del cuaderno digital de instancia.

6.11.2. Está probado con el formato denominado “solicitud de vinculación fondo de pensiones obligatorias”, con fecha de diligenciamiento del 24 de septiembre de 2002, visible en el archivo 15(47) del expediente digital de primera instancia, que la señora Jimena Yasno estando afiliado al extinto ISS, hoy Colpensiones, solicitó el traslado del régimen pensional de prima media, al RAIS administrado PORVENIR SA, en septiembre de 2002 y así se acepta en la contestación de la demanda por la pasiva Porvenir.

6.11.3. Al escuchar el interrogatorio de parte a la actora, la Sala no encuentra confesiones relevantes diferentes a la aceptar que firmó el formulario de afiliación con la información que le suministró el asesor de Porvenir.

CONCLUSIONES:

1. Se evidencia con claridad que al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la actora estaba afiliada al régimen de prima media, administrado en ese entonces por ISS, desde 16 de febrero de 1990 hasta el 31 de diciembre de 1996, sin que se evidencie ninguna otra cotización, con un total de 112 semanas.

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, estando obligada, no demostró en el proceso que los asesores del fondo le hubiesen dado a conocer a la actora 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.

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

Con la sola manifestación pre-impresa en el formulario de afiliación, no se cumple con el requisito legal del suministro de información, dado que la sola firma no constituye prueba idónea del cumplimiento de este deber legal de las AFP.

4. Por otro lado, y de conformidad con la Jurisprudencia de la SL de la CSJ, trasladarse entre las AFP del RAIS, no implica por si solo el conocimiento de los beneficios y riesgos que tiene cada régimen pensional existente en Colombia.

5. La Sala no comparte los cuestionamientos de las dos apelaciones, al endilgarle al Juez de Instancia errores por haber aplicado la tesis de la CSJ-SL, en asuntos similares, de la inversión de la carga de la prueba, por cuanto simple y llanamente acudió a la doctrina probable vigente sobre este asunto, que explica con claridad las razones de tal conducta procesal, al estar en presencia de negaciones indefinidas provenientes del demandante sobre la omisión de la debida información a cargo de la AFP, por una parte y por otra, al hecho de que las pruebas de la debida asesoría al actor, para que tomara la decisión del traslado, están en poder de la AFP, tal cual se explica con detenimiento en la sentencia SL1688-2019 y en el aparte (iii) de la sentencia CSJ SL1452-2019, atrás reseñada.

6. En punto al argumento de la apoderada de Colpensiones, de la existencia de un mero error de derecho en cabeza de la AFP, se desestima, toda vez que se trata de la obligación legal,

en cabeza de la AFP, de asesorar y brindar información clara y precisa sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen y el legislador consagra expresamente la consecuencia jurídica de la ineficacia de la afiliación, por el incumplimiento de tal obligación, en el literal b) del artículo 13, en concordancia con el artículo 271, ambos de la Ley 100 de 1993, en citas anteriores. En consecuencia, no resulta necesario verificar alguna de las causales de nulidad de los negocios jurídicos, entre otras, los vicios en el consentimiento.

7. Igualmente, no se acoge el alegato de la vigencia actual del traslado, por el hecho de la permanencia de la actora por varios años en el RAIS, simple y llanamente, porque el acto o negocio jurídico del traslado de régimen pensional, siquiera nació al mundo jurídico.

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

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.

Sin embargo, en sede de consulta, se adiciona la sentencia de primera instancia, para ordenar la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, los valores pagados por las primas de los seguros previsionales, los valores del fondo de garantía de la pensión mínima y las sumas adicionales de las aseguradoras, siempre que se hubieren causado.

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

7.1. En relación con los gastos de administración ordenados en la sentencia de primera instancia y a fin de dar respuesta a la apelación por parte de Porvenir SA, 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 a ese fondo privado debidamente indexados, 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).”

En consecuencia, no es viable lo pretendido por PORVENIR S.A. en su recurso de apelación, pues de la misma manera en que 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 de que desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones; igual consecuencia se puede inferir de la declaratoria de inexistencia del traslado que en este evento se declara, pues la consecuencia que deviene de la declaratoria de ineficacia, nulidad e inexistencia, conforme a la jurisprudencia antes expuesta es la misma; declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás y todo debe volver al estado en que se encontraba, según la citada jurisprudencia de la CSJ-SCL, SL4360-2019.

Además, insiste esta corporación en que, si hubiere existido un cabal cumplimiento de las obligaciones de la AFP PORVENIR S.A. de suministrar información a la demandante y constatar además el consentimiento informado y la voluntad de la actora de trasladarse para el año 2002, hubiere podido avizorar en ese mismo instante la irregularidad referente a la firma del formulario de solicitud de vinculación correspondiente.

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

7.2. En cuanto a las sumas por concepto de la cotización destinada a la garantía de pensión mínima, la Sala estima procedente ordenar a PORVENIR S.A. que proceda a su devolución, como quiera que dicha garantía se financia con el 1.5% de la cotización obligatoria que mes a mes debe realizar el afiliado al RAIS y que en virtud de la declaratoria de ineficacia y la figura de las restituciones mutuas, debe retornar íntegra al RPM.

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

Entonces, como la ineficacia comporta el desconocimiento de los efectos jurídicos del acto de traslado desde el mismo momento en que aquél pretendió materializarse, siendo consecuencia obligada la devolución de la cotización completa, aunque en su momento la misma haya sido distribuida en la forma indicada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la

modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, así como también los rendimientos financieros causados en vigencia de la afiliación efectuada de manera irregular, como quiera que de no haberse presentado, en el RPM la cotización también habría obtenido rendimientos, se habrá de adicionar la parte resolutive de la sentencia consultada, en el sentido de indicar que también será objeto de devolución por parte de la AFP Porvenir SA, 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, en tanto se trata de un rubro que en la actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada.

7.3. La Sala aborda en sede de consulta el punto sobre la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR para la adquisición de los seguros previsionales, porque 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 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 obligación, debería resolverse en proceso aparte entre las partes interesadas.

Lo anterior también, porque el valor de las pólizas de seguro se saca del 3% de la cotización, destinado para el pago de las mismas y los gastos de administración, pero nunca de la cuenta individual del afiliado y conforme lo dispone el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el Régimen de Ahorro Individual comprende el conjunto de entidades, normas y procedimientos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus

afiliados, los cuales están a cargo de Porvenir independientemente de cómo se financien, que en el caso de la pensión de sobrevivientes y de invalidez, se financian con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional, el bono pensional (si a ello hubiere lugar) y la suma adicional, que estará a cargo de la aseguradora.

De ahí que, permitir que Porvenir no devuelva el valor de las primas de los seguros previsionales, implicaría la violación directa del artículo 1746 del Código Civil, aplicable según la jurisprudencia y como se explicó anteriormente, a la figura de la 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 prospere la inconformidad respecto a la no devolución de las primas del seguro previsional, que como ya se dijo, se entienden incluidas en la devolución de la cotización completa al RPM.

7.4. Relación con la condena proferida en la sentencia impugnada, a la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, la considera que tal devolución sólo resulta procedente, siempre que se hayan causado, conforme se expuso por esta Sala en anteriores casos, entre otros, en el proceso ordinario laboral con radicado 2021-00006: *“La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 08 de septiembre de 2008, radicación No. 31989, consideró que es procedente la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora. Lo anterior, ha sido ratificado en providencias SL2611-2020, SL4863-2021 y SL2601-2021. Asimismo, lo determinó en sede de instancia y en sus partes resolutivas en fallos SL1467-2021 y SL2953-2021.*

Ahora bien, en virtud del artículo 63 de la Ley 100 de 1993, el rubro denominado “sumas adicionales de la aseguradora” no hace parte de

la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado. Tampoco constituye un capital que se encuentre a cargo de las AFP's. Ello por cuanto de la revisión de artículos 70 y 77 ibídem, 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.”

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 2001.

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, derivado de la irregularidad comprobada en los formularios de afiliación por adulteración de la firma de la afiliada, que lo tornó inexistente; 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 y COLPENSIONES, 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 SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia del catorce (14) de julio de dos mil veintiuno (2021), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a la AFP PORVENIR SA, a devolver y depositar en Colpensiones los gastos de administración debidamente indexados, las sumas descontadas con destino al fondo de pensión mínima, las sumas pagadas por concepto de los seguros previsionales y a 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.

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

TERCERO: SE CONDENAN en costas de segunda instancia a Colpensiones y 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: 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

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL



Firma válida
providencia judicial

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL