

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



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

**Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS**

Popayán, nueve (09) de marzo dos mil veintidós (2022)

| | |
|--------------------|--|
| PROCESO | ORDINARIO LABORAL |
| DEMANDANTES | GLADYS AMANDA MERA URBANO |
| DEMANDADOS | 1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES 2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. 3. COLFONDOS S.A. 4. PROTECCIÓN S.A. |
| RADICADO | 19-001-31-005-003-2020-00041-01 |
| INSTANCIA | APELACIÓN Y GRADO DE CONSULTA SENTENCIA |
| TEMA | NULIDAD DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS. |
| DECISIÓN | SE ADICIONA EL ORDINAL TERCERO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y CONSULTADA, PARA INCLUIR LAS CONDENAS A LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN INDEXADOS, LAS SUMAS DEPOSITADAS EN EL FONDO DE GARANTÍA DE LA PENSIÓN MÍNIMA, LAS SUMAS PAGADAS POR LAS PÓLIZAS DE LOS SEGUROS PREVISIONALES Y LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS ADICIONALES DE LAS ASEGURADORAS, SIEMPRE QUE SE HAYAN CAUSADO. SE CONFIRMA EN LO DEMÁS. |

1.- ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 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 los **RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por las partes demandadas y EL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de Colpensiones** frente a la Sentencia nueve (09) de agosto de dos mil veintiuno (2021), proferida en primera instancia por el Juzgado Tercero 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) se declare la nulidad/ineficacia** de la vinculación y/o traslado del Régimen de Prima Media, administrado por el ISS, hoy Colpensiones a Colmena hoy Protección, Porvenir y Colfondos, por estar viciado de error y por ende se encuentra viciado el consentimiento; **(ii) Declarar** que la firma del formulario en los fondos demandados, es insuficiente para dar por demostrado el deber de información; **(iii) Declarar** que Colmena hoy Protección, Colfondos y Porvenir S.A. deben asumir con su propio patrimonio las mermas del capital por los gastos de administración; **(iv) Declarar** y ordenar a Protección, Colfondos y Porvenir S.A. deben trasladar a la administradora del régimen de Prima Media con prestaciones definida administrado por Colpensiones, los valores de los aportes realizados por la demandante, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y las sumas adicionales con los rendimientos que se hubieran causado; **(v) Condene** a Protección, Colfondos y Porvenir S.A. a asumir con su propio

patrimonio las mermas sufridas en el capital por los gastos de administración; **(vi) se Ordene** a Colpensiones aceptar la afiliación del demandante y por lo tanto, recibir los aportes efectuados en dicho régimen; **(vii)** Se condene en costas y agencias en derecho como consecuencia del trámite del presente proceso.

Como ***fundamento facticos***, señala que la demandante nació el 20 de diciembre de 1966, que se encuentra afiliada al fondo privado de pensiones Porvenir desde el 21 de diciembre de 1998 y se encuentra activa hasta la fecha.

Con anterioridad se encontraba afiliada al ISS desde el 20 de diciembre de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1998, y que al momento del traslado contaba la demandante 199,29 semanas cotizadas al ISS; además cotizó igualmente a Cajanal un total de 199 semanas, para un total de 398 semanas cotizadas en el RPM.

El asesor comercial de Protección, Colfondos y Porvenir S.A. omitió información sobre la planeación financiera de su futuro pensional, que el monto de la pensión era de carácter relativo y no absoluto, no realizó proyección de la pensión, no entregó copia del texto del reglamento, así como los términos y condiciones del plan escogido, no informó ventajas y desventajas, de esta manera, imposibilitando que la decisión adoptada por la señora Gladys Amanda Mera Urbano hubiera sido verdaderamente libre y espontánea. (archivo digital (355)2020-41 página 159 del cuaderno digital de instancia)

2.2. Contestación de la demandada por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones:

La entidad demandada contestó la demanda a través de su apoderada judicial, **oponiéndose a todas las pretensiones declarativas y condenas consignadas en la demanda**, con el argumento, que no se presentó ningún vicio del consentimiento, que dichos engaños que la demandante aduce

se traducen en errores de derecho los cuales no vician el consentimiento, no fueron acreditado dentro del expediente. (archivo digital (355)2020-41 página 219 a 231, cuaderno digital de instancia)

Que el traslado solicitado no es procedente por encontrarse prescrita la acción de conformidad con el artículo 488 del CST y 151 del CPTSS, por cuanto la actora no demuestra que al efectuar el traslado al RAIS su consentimiento haya sido viciado de error.

Mediante petición especial, solicitó que en estos asuntos la obligación de hacer de Colpensiones se encuentra sujeta a condición, por tanto, se ordene que La AFP PORVENIR S.A normalice la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIFP (Anulación a través de Mantis) y la devolución de sus aportes a COLPENSIONES, con la respectiva entrega del archivo y el detalle de aportes realizados durante su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS.

Propuso como **excepciones de mérito**: *“inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma”, “carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica”, “errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C.”, “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”, “indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales – vulneración del principio de confianza legítima”, “inoponibilidad por ser tercero de buena fe”, “inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen”, “cobro de lo no debido” y “prescripción”.*

2.3. Contestación de la demanda por parte de la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderada, luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, se **opone a todas las pretensiones**, aduce que si se brindó la información de manera clara, veraz y comprensible indicando los riesgos que esta cubierto y que la demandante optó por trasladarse de manera libre, y que al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a la AFP se dio el cumplimiento de todos los requisitos de la Ley para la validez de la selección de AFP. judicial (archivo digital (355)2020-41 página 302, cuaderno digital de instancia)

Señala, teniendo en cuenta que la selección de cualquiera de los regímenes los previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte de los afiliados, así entonces, la demandante manifestó por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, hecho realizado con la suscripción de la solicitud de afiliación al fondo.

Que de acuerdo con la ley y jurisprudencia para obtener la declaratoria de nulidad del acto jurídico se requiere demostrar que efectivamente la AFP omitió el deber de informar para conseguir la vinculación de la persona, y que no se acredita dentro del proceso una prueba si quiera sumaria que lo pruebe.

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 declare la nulidad y/o ineficacia de la obligación”, “prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo”, “innominada o genérica”, “inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones” y “debida asesoría del fondo”.

2.4. Contestación de la demanda por parte de la administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A.

El apoderado judicial de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., en la contestación de la demanda se opuso a las pretensiones y condenas planteadas por la parte demandante; expone que a la presente fecha la afiliación de la actora no existe con el fondo y que la solicitud de traslado se efectuó conforme a los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia remitiendo a la AFP Colfondos, así mismo indicó que en su momento fue trasladado el dinero correspondientes a la cuenta de ahorro individual, y que en adelante la demandante no presenta aportes pendientes por devolver por parte de la AFP Protección S.A. (archivo digital (355)2020-41 página 320, cuaderno digital de instancia)

Finalmente, resalta que, en la época de la afiliación, a la demandante le fue brindada una absoluta profesional y verdadera asesoría.

Propuso como *excepciones de mérito*: “falta de causa en las pretensiones de la demanda”, “carencia de acción y ausencia de derecho”, “inexistencia de las obligaciones demandadas respecto de la administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A.”, “cobro de lo no debido”, “buena fe”, “inexistencia de vicio del consentimiento que pudo inducir a error en la afiliación de la demandante inicialmente a la AFP Protección S.A., que traiga como consecuencia la anulación de esa afiliación” y “prescripción”.

2.5. Contestación COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

El apoderado judicial de la entidad demandada, a través de escrito visto en la pagina 286 del cuaderno digital de instancia, frente a la defensa judicial de la entidad, se allanó a las

pretensiones de la demanda, en aplicación del artículo 98 del CGP, en relación con las pretensiones contra dicha entidad.

2.5. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El **Juzgado Tercero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca)**, se constituyó en **audiencia pública de trámite y juzgamiento** el día nueve (09) de agosto de 2021, y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA** dentro del presente asunto, en la cual **resolvió: Declaró** la ineficacia de la afiliación en pensiones de la demandante Gladys Amanda Mera Urbano, a la AFP Colmena, hoy Protección S.A. suscrita el 21 de diciembre de 1998, así como las posteriores afiliaciones dentro del RAIS a Colfondos S.A. del 30 de junio de 1999 y a PORVENIR S.A. del 04 de diciembre de 2001, por las razones expuestas. Como consecuencia, **declaró** 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. **Condenó** a la demandada Porvenir S.A. a efectuar el pago o traslado a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, como administradora del Régimen de Prima Media, del total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante Gladys Amanda Mera Urbano, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a la administradora Colpensiones, junto con los bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido y las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual de la demandante por concepto de gastos de administración.

Ordenó a COLPENSIONES a recibir los valores trasladados por AFP PORVENIR S.A.

Declaró NO probadas las excepciones de mérito formuladas por PORVENIR, COLPENSIONES y PROTECCIÓN, y ordena pagar a

cada una el 50% de las costas que se liquiden en favor de la demandante, e incluidas las agencias en derechos que se fijen.

TESIS DEL JUEZ: El juez de instancia expuso que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es exigible desde su creación, es decir, desde la Ley 100 de 1993, el deber de suministrar información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, beneficios, diferencias, consecuencias y riesgos del cambio de regímenes pensionales. Adicionalmente, precisa que en los presentes casos se da la inversión de la carga de la prueba en favor de la afiliada.

El juez señala que la expresión “libre y voluntaria” del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual sólo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole.

De esta forma, la Corte dice que no se puede alegar que hubo una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener sobre sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho con una simple expresión genérica. De allí que, desde el inicio haya correspondido a las administradoras del fondo de pensiones dar cuenta que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Frente al tema del consentimiento vertido en el formulario de afiliación, dice que la Corte ha establecido que es insuficiente para tener por demostrado el deber de información, es decir, no constituye prueba idónea, la firma en un formulario pre-impreso.

Por lo anterior, concluye, que el acto jurídico de cambio de régimen, en este caso, es ineficaz, pues no hay prueba que el consentimiento vertido en el formulario de afiliación por la demandante fue informado y la carga de la prueba correspondía

a los demandados Porvenir S.A. y Protección S.A. quienes únicamente aportaron el certificado de afiliación, el cual, como se indicó no es prueba idónea del cumplimiento de la obligación.

Adicionalmente, frente a la excepción de prescripción, señala que la CSJSL ha mantenido reiteradamente la tesis que la acción de ineficacia entre regímenes pensionales es imprescriptible.

Al generarse la ineficacia, para el Juez procede devolver, además de las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pues la falta de asesoría genera asumir las meras de su patrimonio.

2.6. Recurso de apelación formulado por la pasiva Porvenir S.A.:

Inconforme con la decisión, **la apoderada judicial de Porvenir S.A., presentó recurso de apelación**, para que se revoque la sentencia y argumenta, en resumen:

1. *“... ..se está exigiendo a la AFP PORVENIR el cumplimiento de un deber de asesoría que no se encontraba vigente para la fecha en que se realizó el traslado de administradora, esto es para el 4 de diciembre de 2001 y efectividad de la afiliación a partir del 1 de febrero de 2002”.*

Más adelante insiste que, es errado equiparar el deber de información previsto en el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, con el deber de asesoría o consejo regulado en la ley 1328 de 2009, el D. 2441 de 2010 y la ley 1748 de 2014, que no estaban vigentes para el momento del traslado, porque son dos conceptos diferentes; que el traslado de administradora efectuada por la demandante con fecha 4 de diciembre de 2001 y efectividad 1 de febrero de 2002 se encuentra regulado en el literal B del ARTICULO 13 de la ley 100 de 1993 que estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes podía efectuarse de manera escrita mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación y por lo tanto,

tal manifestación de voluntad es válida; alega además, se desconocen las reglas generales sobre la aplicación de la ley en el tiempo, la sentencia S-239 de 2001 y el artículo 38 de la ley 153 de 1887.

Argumenta el desconocimiento del principio de confianza legítima, del debido proceso, de la carga de la prueba y su valoración conforme a los artículos 176 y 242 del CGP, al efectuarse una valoración aislada del formulario de afiliación, sin tener en cuenta los indicios.

2. Considera que como la demandante realizó varios traslados dentro del mismo RAIS, se está en presencia de un traslado horizontal y tal conducta es indicativa del conocimiento de tal régimen y de querer permanecer en el mismo; que teniendo la opción de trasladarse al RPM no lo hizo; *“... ..por lo cual se solicita a los honorables magistrados tener en cuenta lo manifestado en sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral 413 del 2018 y SL3752 de 2020 también se tenga en cuenta lo manifestado en la sentencia SC10326 de 2014 que menciona que los actos propios y en virtud de la buena fe existe un deber de comportamiento y una forma coherente de tal manera que una persona no puede contradecir injustificadamente sus conductas anteriores relevantes y eficaces principalmente cuando de ellos se ha generado una situación relevante frente al sistema de pensiones en este caso la demandante a efectuado ese traslado horizontal 3 veces dentro del régimen de ahorro individual y ha permanecido en régimen de ahorro individual por más de 20 años por lo cual no es razonable que pretenda hoy mediante la presente demanda retornada al régimen de prima media cuando ella fue negligente frente a su plan de pensión.”*

3. Finalmente se opone a la condena de la devolución de los gastos de administración, para en su lugar se ordene la aplicación al artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 que regula como debe efectuarse el traslado de recursos entre los diferentes regímenes pensionales, porque se realizaron labores de inversión con un equipo humano y tecnológico, de buena fe, para beneficio de la afiliada y se genera empobrecimiento de la AFP.

2.7. Recurso de apelación formulado por la pasiva Colpensiones:

Inconforme con la decisión, **la apoderada judicial de Colpensiones, presentó recurso de apelación**, para que se revoque la sentencia, con apoyo en los siguientes razonamientos, resumidos:

1. Solicita incluir en la sentencia la orden a la AFP de trasladar (i) la indexación de los gastos de administración, conforme a las sentencias de la CSJ-SL SL1421, SL1688 ambas del 2019 y SL1251 de 2021, que este tribunal ya aplicó en sentencias anteriores; (ii) los aportes para la garantía de la pensión mínima, por vía de aplicación de la sentencia SL2877 2020 de la CSJ-SL, que esta Sala también avaló, en la sentencia del 4 de agosto de 2021 dentro del proceso 2019-268; y (iii) “...*...finalmente y en cuanto a la sumas adicionales de la aseguradora como lo venimos sosteniendo en este tipo de asuntos solicitamos respetuosamente al honorable tribunal reconsiderar la tesis que ha venido negando las sumas adicionales de la aseguradora afectos de que no sea Colpensiones quien tenga que asumir las consecuencias patrimoniales de la omisión del fondo al momento del traslado y pues no obstante en el evento en que se considere que definitivamente pues no es posible retrotraer estas sumas entre la aseguradora y porvenir pues solicitamos que se ordene a porvenir que en todo caso debe garantizar el traslado íntegro y pleno de los aportes efectuados por la demandante a Colpensiones reiterando que el descuento ordenado por concepto de estas sumas es muy alto de forma tal que si se pasa por alto esta devolución pues claramente se estaría afectando contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional por cuanto se estarían trasladando aportes incompletos y además pues con ellos se estaría dando unos efectos parciales a la declaratoria e ineficacia del traslado, reiteramos igualmente que no estamos solicitando que sea la aseguradora la que regrese esta suma si no que sea la AFP que fue la que en todo caso efectuó el descuento y la que omitió el deber de asesoría el que si se hubiera efectuado en debida forma y no se hubiese presentado este descuento automático por más de 20 años y con un porcentaje tan alto como es 1.6 del IBC sobre el que la afiliada o demandante a cotizado desde el año 1999 hasta la fecha”.*

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 Porvenir S.A., presentó sus alegatos de conclusión bajo los argumentos esgrimidos en la contestación a los hechos de la demanda, indica que el deber de información a cargo de las Administradoras se le ha dado un alcance que no corresponde con la norma que regía en dicho momento, esto es la Ley 100 de 1993, así las cosas, la señora Gladys Amanda Mera Urbano posterior a la información recibida, manifestó mediante su firma plasmada en formulario de vinculación, su voluntad de afiliación y al haber permanecido por más de 19 años queda demostrado la intención y la decisión de permanecer en el régimen de ahorro individual al cual pertenece Porvenir, razón por la cual conforme a las normas vigentes para el año 1994 están dados todos los requisitos de Ley para la validez de la selección de régimen realizada por el demandante.

Menciona el desconocimiento de las reglas existentes en materia de restituciones mutuas, puesto que la condena a cargo de las Administradoras de devolver los dineros correspondientes a los gastos de administración, omite las 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 objetivo fundamental que los traslados patrimoniales que quedan sin justificación por la declaratoria de ineficacia del acto jurídico sean devueltos a las partes que los originaron, de tal forma que se les ponga en las circunstancias en que se encontrarían si aquel no hubiera tenido lugar.

Respecto de los gastos de administración, no constituyen un detrimento al patrimonio del afiliado, en virtud del artículo 963 del Código Civil resulta inaplicable a los eventos de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales debido a que no se puede reputar que los gastos de administración y las comisiones sean deterioros respecto de los recursos del afiliado, que son administrados por las Administradoras de Fondos de Pensiones. En efecto, cuando el legislador impuso a las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones las obligaciones consagradas en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994 fue precisamente con la finalidad de lograr los objetivos de salvaguardar el patrimonio del afiliado para que sirva al cumplimiento de la finalidad a la que se encuentra afecto, esto es, servir para la financiación de la pensión de vejez. Desde esa perspectiva, resulta alejado del funcionamiento del RAIS considerar como un deterioro al patrimonio del afiliado la erogación correspondiente a los dineros que se destinan a cubrir los costos en que incurre la Administradora para desarrollar las actividades tendientes al cumplimiento de sus obligaciones, cuyo objeto no es otro que la conservación de los recursos entregados por aquél.

Por último, solicita tener en cuenta los argumentos expuestos, dado que PORVENIR S.A. con la finalidad de lograr los objetivos de salvaguardar el patrimonio del afiliado para que sirva al cumplimiento a la que se encuentra afecto, esto es servir para la financiación de la pensión de vejez, efectuó todas las gestiones de administración para lograr que los recursos depositados en la cuenta de ahorro pensional tuvieran rendimientos y la condena impuesta vulnera las reglas de restituciones mutuas.

El apoderado judicial de Colpensiones, indica que frente a la indexación de los gastos de administración, de acuerdo a la sentencia SL1421y SL 1688 de 2019 la Corte Suprema de Justicia manifestó que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado la AFP se debe devolver al RPM los gastos de administración debidamente indexados, criterio que igualmente fue reiterado por esa Corporación en Sentencia SL

1689-2019 Radicación n° 65791 del 8 de mayo de 2019 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Por tanto, el Despacho si bien es cierto ordenó el traslado de la totalidad de los aportes, también lo es que no se ordenó a la AFP devolver los valores correspondientes de los aportes para garantía de pensión mínima y aportes de las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los cuales, igualmente deben regresar al RPM como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado por la demandante, y a efectos de no afectar el equilibrio financiero de la entidad, teniendo en cuenta que para el pago de las respectivas pólizas la AFP efectúa un descuento directo de la cotización mensual que realizan los afiliados, y que al no devolverse al RPM, ocasionaría un detrimento patrimonial a COLPENSIONES, pues estaría recibiendo aportes incompletos.

Así entonces, en esta instancia de grado jurisdiccional de consulta solicita examinar oficiosamente y sin ninguna limitación todos los aspectos que sirvieron de sustento a la decisión de primera instancia, se proceda a modificar o adicionar la aludida sentencia con la inclusión de estos valores que desde el nacimiento del acto ineficaz han debido ingresar al RPM, en aras de salvaguardar y evitar la descapitalización del régimen solidario de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, que en virtud de la orden judicial tiene la carga de recibir y pensionar a estas personas que no cotizaron al RPM o lo hicieron de manera deficiente.

Finalmente, solicita se ordene como valor a trasladar a Colpensiones, lo atinente a la indexación de los gastos de administración, y las primas de los seguros previsionales, teniendo en cuenta que estos valores hacen parte de los dineros o valores que se causaron como consecuencia de la afiliación de la demandante en el RAIS y que, por tanto, y en aplicación del precedente jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia deben regresar al RPM.

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 la presunta 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 al recurso de apelación propuesto por la AFP Porvenir S.A., se estudiará:

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

Como asuntos asociados, se analizan los temas alegados sobre (i) la aplicación retroactiva del deber de información, (ii) la indebida valoración probatoria y (iii) las consecuencias jurídicas de la permanencia de la actora 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 por parte de Porvenir S.A. y a su vez por COLPENSIONES, se pasa a resolver:

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

5.3. Para responder a la apelación de Colpensiones, se debe resolver si procede la devolución de los aportes para la pensión mínima y las sumas adicionales de la aseguradora.

En sede de consulta en favor de Colpensiones, se debe resolver si procede la devolución las primas de seguros previsionales.

5.4. Además, se debe verificar la legalidad de la negativa de 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 AFP Colmena, hoy Protección S.A., así como las posteriores afiliaciones dentro del RAIS a Colfondos S.A. y a Porvenir S.A., al efectuar la asesoría para el traslado de la actora, incumplieron 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, 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.”

(... ..)

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.

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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 1996:

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 1996, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

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

(... ..)

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

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

Artículo 97: Información:

“1. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.”

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

Y, además, expresamente se dispone que

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

6.8. En cuanto a la carga de la prueba del vicio en el consentimiento, aplica el artículo 1604 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 de la demandante y las contestaciones a la demanda por las entidades demandadas, se obtienen los siguientes hechos probados:

6.11.1. Según el formato de historia de cotizaciones expedida por Porvenir, se constata que la demandante cuenta con cotizaciones a seguridad social en pensión, efectuadas a COLPENSIONES, por un total de 394 semanas efectivamente cotizadas al RPM, entre el 20 de diciembre de 1989 al 31 de diciembre de 1998. (archivo No. (355), pág. 25 y 26, expediente digital de 1ra instancia).

También se puede observar en la historia laboral de cotizaciones expedida por Colpensiones, vista en la página 36 *ibídem*.

6.11.2. Está probado con la certificación expedida por ASOFONDOS, que la demandante solicitó el traslado a Colmena ARL, el 21 de diciembre de 1998, proveniente de Colpensiones.

Con posterioridad se trasladó en el mismo régimen, pero a otras administradoras, pues el 18 de junio de 1999 se trasladó a la AFP Colfondos y luego el 04 de diciembre de 2001 a Porvenir, donde actualmente se encuentra afiliada y realizando cotizaciones (archivo No. (355), pág. 290, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.3. Al escuchar el interrogatorio de parte, la Sala no encuentra confesiones relevantes de la actora, pues afirmó que se encontraba laborando, cuando llegó un señor y les dijo que se trasladaran al RAIS y que tendrían muchos beneficios y se podrían jubilar a menos edad, que en ese momento ella cotizaba con el ISS y no les consultaron, ni les informaron los pros y contra, aduciendo que se siente asaltada en su buena fe.

CONCLUSIONES:

1. Está debidamente probado, al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la demandante se encontraba afiliada al régimen de prima media administrado por el extinto ISS, hoy Colpensiones, conforme al artículo 52 de la Ley 100 de 1993, efectuando cotizaciones entre los periodos comprendidos del 20 de diciembre de 1989 al 31 de diciembre de 1998.

A su vez, de la misma historia laboral de la demandante, se observa, cuenta con cotizaciones realizadas ante la AFP Colmena, a partir de febrero de 1999 (pág. 28, ibidem del expediente digital de 1ra instancia).

De igual forma, está debidamente probado que la demandante se trasladó en el mismo régimen y en la actualidad, desde el 04 de diciembre de 2001 está afiliada y cotizando a Porvenir. (págs. 290, expediente digital de 1ra instancia).

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, contrario a lo afirmado en la apelación de Porvenir, estando obligada, no demostró en el proceso que los asesores de Colmena hoy Protección y los propios asesores de PORVENIR S.A., le hubiesen dado a conocer a la demandante en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, de las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, y

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

Este deber de información clara y completa de los dos regímenes, sí estaba vigente para la fecha del traslado en diciembre de 1998, acorde con la interpretación sistemática del literal B) del artículo 13, en conjunto con el artículo 271, ambos de la Ley 100 de 1993 y de los artículos 72, literal f) y numeral 1, del artículo 97, ambos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF).

Bajo este entendido, no le asiste la razón a la parte apelante al endilgar errores por la aplicación de la línea de pensamiento de la CSJ-SL sobre el deber de información, en la medida que, de la lectura detenida de los precedentes, el Tribunal de cierre no está fundando su doctrina probable en normas que no estaban vigentes al momento del traslado, toda vez que, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL1452-2019 atrás resaltada, reitera su línea de pensamiento sobre la obligación de la debida información con fundamento en las reglas que se citan en este aparte y sólo menciona que tal deber se amplió con posterioridad al 2011, pero no aplicó estas nuevas normativas para cimentar su línea.

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

4. En punto al cuestionamiento de Porvenir, sobre la indebida valoración del formulario de afiliación, en conjunto con los indicios de (i) permanecer en el RAIS por espacio de 20 años, (ii) recibir extractos sin observaciones, (iii) ausencia de quejas y reclamos y (iv) no haber solicitado el traslado durante los plazos de ley, tampoco es de recibo, porque con la sola firma de la actora en el formulario de afiliación, no se cumple con el requisito legal del suministro de información, dado que la sola firma puesta en el formulario y los indicios alegados, no constituyen prueba idónea del cumplimiento de este deber legal de la AFP Porvenir.

Además, no se está imponiendo una carga probatoria desproporcionada, por cuanto simple y llanamente se acude 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 a la actora, 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.

5. Igualmente, no se acoge el alegato de la vigencia actual del traslado, por el hecho de la permanencia de la demandante 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.

6. 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 lo sostenibilidad financiera de dicho fondo.

Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la declaración de ineficacia del traslado, proferida en la sentencia de primera instancia.

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 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 del actor y de paso, se produce un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

Así mismo, 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 y los valores del fondo de garantía de la pensión mínima.

Respecto a la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, se adicionará la sentencia impugnada y consultada, aclarando que tal devolución sólo procede en el evento en que se hayan 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, 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 la ineficacia del traslado, deriva en la obligatoriedad de ordenar la devolución de cotizaciones, rendimientos, y gastos de administración, entre otros, amparado en la premisa desde el nacimiento del acto

ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ-SCL, SL4360-2019).

Por lo expuesto, se confirma la decisión de primera instancia, adicionando lo referente a 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, en respuesta a la apelación de COLPENSIONES.

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 apelada, 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 las cotizaciones obligatorias que, mes a mes recibió a nombre de la demandante, en tanto se trata de un rubro que en la actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada.

7.3. En punto a la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR para la adquisición de los seguros previsionales, se adicionará la sentencia de primera instancia para ordenar su devolución, conforme lo argumentado por COLPENSIONES en la apelación y según su escrito de alegaciones, acudiendo a la competencia de esta Sala en virtud del grado jurisdiccional de consulta. Ello, por cuanto 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 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.

Por lo expuesto, se adiciona la sentencia consultada en este aspecto.

7.4. En relación con la **devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras**, se modifica la decisión de primera instancia que negó tal concepto, pues la Sala 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 1996.

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

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

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

En la sentencia en mención, se afirma:

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

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

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

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

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

fenómeno de la prescripción, transgrede directamente derechos mínimos e irrenunciables de la demandante relacionados con la seguridad social y ligados a la pensión de vejez.

9. COSTAS

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

No procede la condena en costas en esta instancia en contra de COLPENSIONES, en tanto tuvo prosperidad parcial su recurso de apelación.

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

10. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: SE ADICIONA el ordinal TERCERO de la parte resolutive de la sentencia del nueve (09) de agosto de dos mil veintiuno (2021), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a devolver y depositar en Colpensiones los gastos de administración debidamente indexados, las sumas descontadas con destino al fondo de garantía de pensión mínima, las sumas pagadas por concepto de las primas de los seguros previsionales y 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 CONDENA en costas de segunda instancia a Porvenir S.A., a favor de la demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Sin condena en costas de segunda instancia a cargo de COLPENSIONES, según lo motivado en este proveído.

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

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

Los Magistrados


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


Firma válida
providencia judicial
CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL


Firma válida
providencia judicial
CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL