

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, diecinueve (19) de octubre de dos mil veintidós (2022)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	OLMEDO ARÉVALO SANDOVAL
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. 2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A.
RADICADO	19-001-31-05-002-2020-00069-01
INSTANCIA	CONSULTA SENTENCIA
TEMAS	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS-PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	SE REVOCA LA SENTENCIA CONSULTADA. EN SU LUGAR, SE DECLARA LA INEFICACIA DEL TRASLADO DEL DEMANDANTE DEL RAIS AL RPMPD Y SE PROFIEREN LAS CONDENAS CONSECUCIONALES. SE DECLARAN NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO ALEGADAS POR LAS DEMANDADAS.

1. ASUNTO A RESOLVER:

De conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, integrada por los Magistrados que firman, procede a proferir sentencia escrita que resuelve el **grado jurisdiccional de consulta tramitado en favor de la parte demandante**, al resultarle adversa la sentencia de primera instancia de fecha catorce (14) de octubre del año dos mil veintiuno (2021), proferida por el **JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYAN, CAUCA**, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA

En síntesis pretende el demandante que se declare: **(i)** La nulidad de la afiliación o el traslado del Señor Olmedo Arévalo Sandoval con las Administradoras HORIZONTE-Pensiones y Cesantías, COLPATRIA-Pensiones y Cesantías, hoy A.F.P. PORVENIR S.A., por cuanto existieron vicios en el consentimiento, al momento de la afiliación al RAIS, **(ii)** Que el accionante no estuvo afiliado al RAIS; **(iii)** Que el accionante tiene derecho al regreso automático al RPMD, administrado por COLPENSIONES; **(iv)** Que la A.F.P. PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del Señor Olmedo Arévalo Sandoval, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos, intereses y rendimientos; **(v)** Que se declare a favor del demandante cualquier derecho que resulte probado, de acuerdo con las facultades *extra y ultra petita*.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita las siguientes condenas: **(vi)** Que se condene a PORVENIR S.A. a trasladar al RPMD al actor; **(vii)** Que se condene a PORVENIR S.A. a trasladar al RPMD a cargo de COLPENSIONES, todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación del actor, tales como

cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos, intereses y rendimientos; **(viii)** Que se condene a PORVENIR S.A., a asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado para la financiación de la pensión de vejez del actor, y que dicho valor sea consignado a COLPENSIONES y **(ix)** la condena en costas.

Como fundamentos fácticos expone, que nació el 02 de diciembre de 1958, por lo cual en la actualidad tiene 61 años.

Que, desde el inicio de su vida laboral se desempeñó como asistente administrativo de la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva Seccional de administración judicial, conforme consta en la certificación laboral calendada el 25 de septiembre de 2019; inicialmente cotizó en el RPMPD, desde el 01 de septiembre de 1990 hasta el 30 de abril de 1996, teniendo 297 semanas cotizadas en el mismo y desde el 1 de mayo de 1996 se afilió al RAIS, inicialmente a HORIZONTE y luego a COLPATRIA, hoy fusionadas a PORVENIR S.A., señalando que los promotores le mostraron condiciones presuntamente más favorables, que las ofertadas por la extinta CAJANAL y el extinto ISS, pero los promotores de los fondos referidos, omitieron brindarle la información relevante y suficiente, situación que generó un vicio en el consentimiento.

El día 02 de septiembre de 2019 el actor presenta ante COLPENSIONES, de manera verbal, reclamación administrativa, con el fin de regresar sus aportes a pensión a esa administradora, la cual fue resuelta de forma negativa mediante oficio de la misma fecha, 02 de septiembre de 2019.

De igual manera, que el 29 de agosto de 2019, el demandante presentó ante PORVENIR S.A. la correspondiente reclamación, siendo resuelta desfavorablemente, mediante oficio calendado el 12 de septiembre de 2019 (Documento PDF (02)65Demanda-Anexos del expediente digital de primera instancia)

2.2. Contestación de la demanda por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

A través de apoderada judicial contesta la demanda, **oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones**, bajo el argumento que, el demandante es una persona capaz, quien manifestó su consentimiento de forma libre y voluntaria para decidir trasladarse, al momento de la suscripción del formulario.

Que el actor ratificó su voluntad de permanencia en el RAIS cuatro veces, pues firmó cuatro veces solicitud de afiliación por traslado, ante las diferentes AFPS, y durante 24 años ha permanecido con PORVENIR.

Por último, en lo relevante, señala que el traslado es válido porque no existen vicios del consentimiento y se produjo, previa asesoría integral en materia de pensión, y, además, se opone a la devolución de las sumas correspondientes a gastos de administración y seguro previsional.

Como mecanismos de defensa formuló las excepciones de fondo que denominó: *“prescripción”, “falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas”; “buena fe”; “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación”; “prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo”; “innominada o genérica”; “inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones” y “debida asesoría del fondo”* (Documento PDF titulado *“06(81)ContestacioDda-Anexos Porvenir”*, págs. 2-23, expediente digital de 1ra instancia).

2.3. Contestación de la demanda por parte de COLPENSIONES

Mediante escrito de contestación de la demanda, se opone a las pretensiones que comprometan los intereses de COLPENSIONES, teniendo en cuenta que, es un tercero de buena fe que no participó en el acto jurídico del traslado, que en su momento efectuó el demandante, de manera tal que, resulta inoponible todos los efectos jurídicos y adversos del traslado que se celebró.

Indica que el traslado fue de manera libre, informada y consiente, y que, el análisis de la asesoría brindada por el fondo de pensiones del RAIS, debe ser valorada conforme a la normatividad vigente para la fecha en que se suscribió el formulario de afiliación o se materializó el traslado.

Solicita que, en el evento en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, corresponde a la AFP trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes al RPM, para garantizar el financiamiento de la respectiva prestación, en los que se incluyan los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, así como asumir la merma en el capital destinado a la financiación de la prestación, debidamente indexadas.

Además, peticiona que, en la parte resolutive de la sentencia, se ordene que la A.F.P PORVENIR S.A., normalice la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIFP, y que se haga la devolución de aportes a COLPENSIONES, con la respectiva entrega de archivo y el detalle de los aportes realizados.

Como mecanismos de defensa formuló las excepciones de fondo: *“inexistencia de la obligación”*; *“indebida interpretación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional”*; *“inexistencia de vicio en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante que traiga como consecuencia la ineficacia o invalidez de la misma”*; *“imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos”*; *“buena fe”*; *“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 del cobro de costas a COLPENSIONES”*; *“improcedencia de la declaración de ineficacia y/o nulidad de traslado en casos que el actor se encuentre pensionado”* e *“innominada o genérica”* (Documento PDF titulado *“11(29)ContestacionDemandaColpensiones”*, págs. 2-29, expediente digital de 1ra instancia).

2.4. INTERVENCIÓN DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

Hace referencia a criterios legales y jurisprudenciales en torno al objeto de la litis, y señala que, si las entidades llamadas a juicio no demuestran que brindaron la asesoría pertinente y que suministraron información clara, oportuna y suficiente, deberá declararse la ineficacia.

Como mecanismos de defensa formuló la excepción de mérito: “*improcedencia de condena en costas a cargo de COLPENSIONES*” (archivo PDF titulado “15(6)ConceptoMinPublico”, expediente digital de 1ra instancia).

2.5. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, Cauca, se constituyó en AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO el día catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar sentencia, en la cual negó las pretensiones propuestas por el actor, condenándolo en costas.

Argumentos del Juez: Sostiene, no es posible declarar la ineficacia que reclama el actor, toda vez que, su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad data del 16 de abril de 1996, cumplió la edad de 62 años en el 2020 y acumula un total de 1.400 semanas en toda su vida laboral; contando con el capital suficiente para el reconocimiento de una pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad, e incluso, acreditaría los requisitos de edad y semanas para acceder a una pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de estar afiliados a dicho régimen pensional.

Afirma, ya no se trata de una mera expectativa, sino de un derecho adquirido, independientemente de la formalidad del reconocimiento, que ni siquiera es renunciable por su beneficiario y menos puede estar afectado o desconocido por sentencia judicial,

razón por la cual, sostiene que el derecho a la pensión de vejez se encuentra consolidado, y debe ser asumido por el RAIS y no por el RPMPD, administrado actualmente por COLPENSIONES.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

Mediante auto del 4 de abril de 2022, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, a través del correo electrónico de la Secretaría de la Sala Laboral, ante lo cual las partes presentaron lo correspondiente, en los siguientes términos:

3.1. El apoderado de la parte actora, insistió en que se debe declarar la ineficacia del traslado y que la decisión de primera instancia, de negar las pretensiones, amprándose en que ya se encuentra consolidado el status de pensionado del actor en el RAIS, contraviene jurisprudencia de la SCL-CSJ, pues a su juicio, PORVENIR S.A. no logró acreditar que, el actor haya elevado solicitud de reconocimiento de prestación económica y tampoco ha hecho la escogencia de la modalidad pensional.

En consecuencia, solicitó, se despachen favorablemente las pretensiones demandadas, se revoque la sentencia de primera instancia y se condene en costas a las demandadas (Archivo No. 12, expediente digital de 2da instancia).

3.2. El apoderado de COLPENSIONES, solicita, se declaren probadas las excepciones de fondo propuestas con la contestación de la demanda y se revoque la sentencia de primera instancia.

Indica que, no puede invertirse de una forma arbitraria la carga dinámica de la prueba y sin considerar los aspectos particulares de cada caso, debidamente individualizado.

Argumentó que, durante el debate probatorio no se logró demostrar que hubo una indebida o insuficiente información por parte del fondo privado, al momento de realizarse el traslado de régimen y

posteriormente, la firma del formulario de afiliación.

Por último, en lo relevante, hizo referencia a jurisprudencia de la CSJ-SCL, relacionada con la posibilidad de materializar los efectos de la ineficacia, esto es, retrotraer las cosas al estado anterior, tratándose de demandantes que ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados, en el régimen de ahorro individual. (Archivo No. 10, expediente digital de 2da instancia).

3.3. El apoderado de la demandada Porvenir S.A., no allegó escrito de alegatos de conclusión en segunda instancia, como se constata en el archivo No. 13, expediente digital de 2da instancia.

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES:

COMPETENCIA: En virtud a que la providencia de primera instancia resultó totalmente adversa a la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, esta Sala de Tribunal es competente para desatar la consulta obligatoria de esta sentencia, por no haber sido apelada.

La consulta es un segundo grado de competencia funcional que abarca el estudio de legalidad del trámite procesal y la revisión de la providencia en todos los temas objeto de debate entre los sujetos procesales.

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

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

El funcionario judicial que conoció del asunto es el competente

y el trámite satisfizo las exigencias de forma previstas en la ley.

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

5. ASUNTOS POR RESOLVER

Para responder al grado jurisdiccional de consulta que se tramita en favor del demandante, la Sala Laboral resuelve los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS:**

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

5.2. El hecho de que el demandante tenga consolidado o cumpla los requisitos legales para obtener la pensión de vejez *¿impide la declaratoria de la ineficacia del traslado?*

5.3. En caso de que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado, *¿Se ajusta al ordenamiento jurídico ordenar a Porvenir S.A. que traslade al RPM, los valores atinentes a frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con su respectiva indexación, las primas de seguros previsionales y las cotizaciones con destino al fondo de garantía de la pensión mínima?*

5.4. Por último, en caso de condenas, se debe verificar si en este caso operó la excepción de prescripción, alegada por las entidades demandadas.

6. RESPUESTA AL CUESTIONAMIENTO SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Tesis de la Sala: La Sala concluye, en este caso, es procedente la declaración de ineficacia del traslado que se surtió del RPMPD al RAIS, al constatarse la falta de información suficiente que debió suministrar al actor la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., en cuanto a los aspectos positivos y negativos del traslado al RAIS, por una parte y por otra, el hecho de que el actor tenga a la fecha el derecho pensional consolidado, no impide la declaración de ineficacia, conforme a la línea jurisprudencial del CSJ-SL vigente.

En consecuencia, se impone recuperar la sentencia consultada.

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.

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

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

6.5. Por medio del artículo 60 de la Ley 100/93, se regula las características del régimen pensional RAIS, y en lo que interesa, se resalta lo dispuesto en el literal c, en su versión original, atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 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 ibidem, el cual consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos incumbe al que ha debido emplearlo.

6.9. Sobre casos similares al que nos ocupa, y en particular sobre el deber del suministro de la información clara, amplia y suficientes sobre los aspectos positivos y negativos de cada uno de los dos regímenes pensionales, a cargo de las AFP al momento de la afiliación y/o traslado entre regímenes, más allá de la firma del formulario, la CSJ-SL, ha desarrollado una tesis pacífica, que puede consultarse entre otras en las sentencias del 9 de septiembre de 2008 con radicados 31989 y 31314; sentencia del 22 de noviembre de 2011 con radicado 33083; sentencia SL12136-2014; sentencia SL19447-2017; sentencias SL4964 y SL4689, ambas del 2018; sentencia SL1421-2019.

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 desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

“3.2. Excepción de saneamiento de la nulidad relativa.

La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del

acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe. [2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

[3: El artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo refiere que «No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca» el mínimo de derechos laborales.][4: Los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011 «Estatuto del Consumidor», privan de efectos, de pleno derecho, a las cláusulas abusivas incluidas en los contratos celebrados con los consumidores.][5: De acuerdo con el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el

contenido de las pólizas debe "ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente Estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva".]

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

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

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

6.11. HECHOS PROBADOS RELEVANTES

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

6.11.1. Probado está, el demandante estuvo cotizando para pensiones por cuenta de la RAMA JUDICIAL DIRECCIONAL SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, contando con un total de 297 semanas cotizadas al RPM, desde el 1 de septiembre de 1990, es decir, desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y bajo estas normativas, especialmente, el literal A del artículo 12 de la ley 100 de 1993, se considera que el actor estuvo afiliado al RPM. (Archivo No. 02, págs. 12-32, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.2. Está probado con la solicitud de vinculación de fecha 16 de abril de 1996, diligenciada por el actor ante HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., así como las solicitudes de afiliación y traslado ante COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS, de fechas 24 de mayo y 29 de octubre de 1999, respectivamente, y el historial de vinculaciones de ASOFONDOS, que el señor OLMEDO ARÉVALO SANDOVAL, se trasladó del régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES, al de ahorro individual RAIS, ante la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.; encontrándose afiliado a esta administradora del RAIS, con fecha de inicio de efectividad 1 de junio de 1996, y contando con 1.133 semanas cotizadas ante PORVENIR S.A., para un gran total de 1.430 semanas cotizadas a seguridad social en pensión (Archivo No. 02, págs. 12-32 y 39 a 41 y archivo No. 06, pág. 24, expediente digital de 1ra instancia).

CONCLUSIONES:

1. Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados y las contestaciones de la demanda, aparece debidamente probado, en el momento del traslado al RAIS, con fecha de inicio de efectividad 1 de junio de 1996, el demandante se encontraba afiliado al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, contando con 297 semanas cotizadas a dicho RPM, desde el 1 de septiembre de 1990.

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 HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PORVENIR S.A., estando obligada, no demostró en el proceso que, en el año 1996, cuando se suscribió solicitud de traslado, le hubiese dado a conocer al demandante en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, de las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, y con tal conducta procesal, cabe predicar que el demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba

más favorable; ya que si se le explica desde el principio el manejo de la cuenta individual, que los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado, los factores que inciden en el monto de la pensión; la persona tiene una información precisa, con la cual puede deducir si acepta, o no, el traslado.

Este deber de información clara y completa de los dos regímenes, sí estaba vigente para la fecha del traslado, en junio de 1996, cuando se dio la afiliación efectiva a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PORVENIR S.A., acorde con la interpretación sistemática del literal B) del artículo 13, en conjunto con el artículo 271, ambos de la Ley 100 de 1993 y de los artículos 72, literal f) y numeral 1, del artículo 97, ambos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF).

3. La consecuencia jurídica de la falta de prueba del cumplimiento de este deber legal de la entrega de la debida información, en principio, 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.

7. SOBRE LA VIABILIDAD DE LA DECLARATORIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO, NO OBSTANTE EL HECHO DE QUE EL ACTOR TIENE CONSOLIDADO EL DERECHO A LA PENSIÓN DE VEJEZ, SEGÚN SE AFIRMÓ EN LA SENTENCIA CONSULTADA

Tesis de la Sala: En aplicación de la línea de pensamiento de la CSJ-SCL, en el presente caso es viable declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, para retrotraer la afiliación del demandante al RPM, de una parte, porque no se cumplen los requisitos legales del RAIS para tener por causado el derecho pensional y de otra, porque no se ha reconocido la prestación pensional del RAIS a la parte demandante y ante tales situaciones jurídicas, no se presentan inconvenientes para la devolución al

RPM el capital y demás valores que conforman la cuenta individual del actor.

Esta tesis encuentra apoyo en las siguientes sentencias de la CSJ-SL:

7.1. Sobre las condiciones para adquirir el status de pensionado dentro del RAIS, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1309-2021, radicación n.º 68091, precisó lo siguiente:

*“Sobre este aspecto, se ha sostenido por parte de esta Sala, que para adquirir la connotación de pensionado se requiere que el asegurado haya cumplido con los requisitos que la ley establece; así para las prestaciones de prima media lo son: i) la densidad de semanas o tiempo de servicios que la normativa que rija la pensión deprecada exija, y ii) el arribo a la edad que en ella se establezca; **por su parte, en el régimen de ahorro individual, conforme a lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, los afiliados no requieren el haber cumplido un determinado número de años de vida, sino el acreditar que «el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE».***

Pero además de ello, el artículo 79 de la mencionada ley de seguridad social, establece como modalidades de pensión en el RAIS, las de a) Renta vitalicia inmediata, b) Retiro programado, y c) Retiro programado con renta vitalicia diferida, siendo necesario que el afiliado de manera libre y voluntaria y de acuerdo con su situación particular, opte previamente por alguna de estas, pues dependiendo de tal escogencia se determinará las características de su mesada pensional.”

(...)

No puede perderse de vista que el artículo 2 del Decreto 1889/94, compilado por el canon 2.2.6.1.1. del Decreto Único Reglamentario

1833/16, establece que las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad «podrán revestir cualquiera de las modalidades contempladas en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, a opción del afiliado o sus beneficiarios, según el caso», **de donde se infiere que para adquirir el status de pensionado al que hace referencia el precepto 64 de la Ley 100/93, debe el afiliado seleccionar la modalidad pensional**, aspecto que hace parte de los trámites previos para el otorgamiento de la pensión; es decir, que esta se materializa con la escogencia de determinada modalidad, y por lo mismo no se puede desligar.” (Negrilla de fuera de texto)

7.2. En relación con la posibilidad de declarar la ineficacia de traslado, tratándose de personas que ya cuentan con el status de pensionado en el RAIS, la CSJ-SCL ya tiene definida su línea jurisprudencial de la improcedencia de la declaración de la ineficacia del traslado en tales eventos, como da cuenta la sentencia SL373 de 2021:

“Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)², lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

² SL1688-2019, SL3464-2019

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de

una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.”

Esta línea jurisprudencial se ratifica en las sentencias CSJ SL1113-2022; SL3136-2022; SL3204-2022 y SL3329-2022.

7.3. De otro lado, cuando se trata de la declaración de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS y la parte demandante ya se encuentra disfrutando la pensión reconocida dentro del RPM por Colpensiones, en la sentencia SL3136-2022 se argumentó lo siguiente:

“Sin embargo, las anteriores circunstancias no se presentan respecto del demandante, quien retornó al RPM y allí adquirió la calidad de pensionado estando en curso este trámite judicial, (ya que demandó como afiliado), régimen que se caracteriza porque los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen un fondo común que garantiza el pago de las prestaciones a los pensionados en cada vigencia (artículo 32 de la Ley 100 de 1993): De ahí que, siempre que la AFP del RAIS traslade o devuelva todos los recursos

y aportes efectuados por el asegurado, la prestación pensional que le correspondería en el RPM no se vería desfinanciada, ni el retorno del afiliado conllevaría un déficit financiero para el sistema público de pensiones. Tal devolución de los recursos es plenamente posible en este caso en particular, como quiera que, al no haber adquirido una prestación económica en el RAIS, los valores a devolver se encuentran intactos no desgastados o deteriorados como ocurre en el evento analizado en la decisión CSJ SL373-2021.

En reciente pronunciamiento, la Sala de Casación Laboral de esta corporación ratificó que sí era procedente declarar la ineficacia del traslado de un pensionado del RPM, dado que en eventos como este no se presentan las dificultades o complejidades para retrotraer la actuación, que sí surgen respecto de quien obtiene el estatus pensional en el RAIS. Así se aclaró en decisión CSJ SL2929-2022:

2) ¿Es un obstáculo que impide declarar la ineficacia de dicho acto la circunstancia de que la persona disfrute de una pensión de vejez en el RPMPD?

Esta Sala en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en decisiones CSJ: SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426- 2019, señaló que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo», sin importar si el afiliado «tiene o no un derecho consolidado, tiene o no un beneficio transicional, o está próximo o no a pensionarse». Por esta razón, el tener causado un derecho pensional no es, en principio, un impedimento para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional.

Ahora, la jurisprudencia de la Corporación solo en el caso de los pensionados del RAIS ha defendido el criterio que no es posible darle efectos prácticos a la declaratoria de ineficacia -vuelta al statu quo ante-, teniendo en cuenta que la calidad de pensionado en este régimen pensional da lugar a una situación jurídica consolidada o un hecho consumado que no se puede revertir sin afectar «a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto» (CSJ SL373-2021).

Sin embargo, esta regla no puede extenderse a los pensionados del RPMPD, pues estos se encuentran en una situación

completamente distinta, al punto que el restablecimiento de sus derechos no apareja las complejidades y tensiones propias de los pensionados del RAIS.

7.4. HECHOS PROBADOS:

Revisado el expediente en su totalidad, no hay evidencias de que al actor le fuere reconocida la pensión de vejez por la administradora del RAIS.

Incluso, según respuesta de PORVENIR S.A. a requerimiento del Juez de Primera Instancia, se constata que el actor no ha elevado solicitud para reconocimiento y pago de una pensión de vejez (Archivo No. 24, págs. 1-4 y archivo No. 25, pág. 2, expediente digital de 1ra instancia).

7.5. CONCLUSIONES:

Teniendo en cuenta que, en este caso particular, es un hecho indiscutible que el señor OLMEDO ARÉVALO SANDOVAL no ha solicitado pensión de vejez ante la AFP PORVENIR S.A. y que, revisado el plenario no se observa que se hayan surtido los tramites propios para su reconocimiento en el RAIS, tales como la gestión de bonos pensionales, la selección de una modalidad pensional, la contratación de una aseguradora, o el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, entre otros, a juicio de la Sala y contrario al argumento del Juez, el actor no goza de la condición de pensionado en el RAIS, como tampoco de tener CAUSADO el derecho pensional, y ante tales situaciones jurídicas es perfectamente viable aplicar los efectos de la ineficacia del traslado, sin que exista un deterioro o afectación para terceros intervinientes, o una descapitalización de la cuenta de ahorro individual del actor, siendo posible realizar la devolución de los valores de la cuenta individual del RAIS al RPM, pues se itera, no se han surtido los tramites propios del reconocimiento de la pensión a favor del actor

y por ende, tampoco existiría un desmedro en la sostenibilidad financiera del RPMPD administrado por COLPENSIONES E.I.C.E.

En este caso, la decisión de declarar la ineficacia del traslado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, ni del régimen de prima media, puesto que, los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJSL, sentencia SL2877-2020).

Además, con los recursos trasladados, que ingresan al fondo común administrado por la pasiva Colpensiones, se va a sufragar las mesadas pensionales en favor del afiliado, garantizándose así lo sostenibilidad financiera de dicho fondo.

Al tenor de todo lo expuesto, procede declarar la ineficacia del traslado, dando plena aplicación a los efectos del mismo, en cuanto al afiliado OLMEDO ARÉVALO SANDOVAL, razón por la cual se revocarán los ordinales primero y segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se declarará que el actor se encuentra válidamente vinculado al RPMPD, administrado por COLPENSIONES E.I.C.E.

Es pertinente señalar, atendiendo a la petición especial que elevó COLPENSIONES en su escrito de contestación a la demanda (Archivo No. 11, pág. 6, expediente digital de 1ra instancia), se ordenará a PORVENIR S.A. también, que normalice la afiliación del demandante, en el sistema que corresponda y que proceda a entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes del actor, conforme se petitionó por la administradora del RPMPD.

8. SOBRE EL TRASLADO A COLPENSIONES DE LAS COTIZACIONES, BONOS PENSIONALES, FRUTOS, RENDIMIENTOS Y LAS SUMAS ADICIONALES DE LAS ASEGURADORAS, ASÍ COMO LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN INDEXADOS, LAS PRIMAS DE SEGUROS

PREVISIONALES Y LAS COTIZACIONES CON DESTINO AL FONDO DE GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA

Tesis de la Sala: Resulta procedente ordenar la devolución de las sumas atinentes a capital y cotizaciones efectuadas a favor del actor, que obren en su cuenta de ahorro individual, junto con los bonos pensionales, frutos, rendimientos, y sumas adicionales de las aseguradoras, aclarando que la devolución de dichas sumas adicionales, sólo procede en el evento en que se hayan causado, en los términos solicitados en la demanda.

A su vez, como quiera que el actor solicita en la demanda, que se condene a PORVENIR S.A. a asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez del actor y que dicho valor, sea consignado a COLPENSIONES (archivo No. 02, págs.. 50-51, expediente digital de 1ra instancia), la Sala estima procedente, ordenar a PORVENIR S.A., a devolver las comisiones cobradas por la administración de la cuenta individual, debidamente indexadas, 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.

Igualmente, se ordenará la devolución de los valores del fondo de garantía de la pensión mínima y la devolución de los valores pagados por las primas de los seguros previsionales.

Estas decisiones encuentran apoyo, en las siguientes consideraciones:

8.1. En relación con la procedencia de la devolución del capital y cotizaciones efectuadas a favor del actor, que obren en su cuenta de ahorro individual, junto con los bonos pensionales, frutos, rendimientos, y gastos de administración indexados, se fundamenta en las siguientes razones:

La H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha señalado en reiterada jurisprudencia, por ejemplo, en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, lo siguiente:

“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado 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, la ineficacia del traslado, deriva en la obligatoriedad de ordenar la devolución de capital y cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, y gastos de administración, entre otros, que obren en la cuenta de ahorro individual del actor, 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 ordenará a la AFP PORVENIR S.A. que proceda a devolver al RPMPD administrado por COLPENSIONES E.I.C.E., los conceptos que obren en la cuenta del afiliado, atinentes a capital, cotizaciones efectuadas a favor del actor, bonos pensionales, frutos y rendimientos que se hubiesen causado, así como los valores descontados por los gastos de administración debidamente indexados, con el fin de que conserven su valor actualizado al momento de su devolución, conforme a la jurisprudencia en cita, señalando que los gastos de administración indexados se conceden, partiendo de la solicitud del demandante, que en el libelo genitor de la demanda deprecó, que se condene a PORVENIR S.A. a asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez del actor y que dicho valor, sea consignado a COLPENSIONES.

8.2. En relación con la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras que se petitionaron por el actor, la Sala

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

Ahora bien, en virtud del artículo 63 de la Ley 100 de 1993, el rubro denominado “sumas adicionales de la aseguradora” no hace parte de la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado. Tampoco constituye un capital que se encuentre a cargo de las AFP’s. Ello por cuanto de la revisión de artículos 70 y 77 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.”

8.3. En cuanto a la devolución de las sumas por concepto de la cotización destinada a la garantía de pensión mínima, itera la Sala, como quiera que el actor solicita en la demanda, que se condene a PORVENIR S.A. a asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez del actor y que dicho valor, sea consignado a COLPENSIONES, la Sala estima procedente ordenar a PORVENIR S.A. que proceda a su devolución, pues 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.

En consecuencia, se ordenará a PORVENIR S.A. que proceda a la devolución de las sumas que se hayan descontado con destino a la garantía de pensión mínima, de las cotizaciones obligatorias que, mes a mes recibió esa AFP, a nombre del demandante, en tanto se trata de un rubro que en la actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada.

8.4. En punto a la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR S.A., para la adquisición de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, tema que es revisado por la Sala, en virtud igualmente de la pretensión del actor, encaminada a que se condene a PORVENIR S.A. a asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez del actor y que dicho valor, sea consignado a COLPENSIONES, la Sala ordenará la devolución de tales conceptos, 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 a que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido y por eso es que la Corte Suprema de Justicia, a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

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

9. RESPUESTA AL TEMA DE LA PRESCRIPCIÓN

De acuerdo al exceptivo planteado por las demandadas, verifica esta corporación, 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 del demandante del RPM al RAIS; resaltándose que de ser afectada la acción que busca restablecer los derechos conculcados con el fenómeno de la prescripción, transgrede directamente derechos mínimos e irrenunciables del demandante relacionados con la seguridad social y ligados a la pensión de vejez.

10. COSTAS

En aplicación del numeral 8° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por remisión del artículo 145 del CPLSS, no procede la condena en costas en esta instancia, por no encontrarse causadas, dado que se tramitó el grado jurisdiccional de consulta.

Respecto a la condena en costas de primera instancia, serán a cargo de la demandada PORVENIR S.A. y a favor del demandante, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS.

No se condenará en costas de primera instancia a COLPENSIONES E.I.C.E, por no encontrarse causadas, de acuerdo al numeral 8° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS.

Finalmente se advierte, el Juez de Primera Instancia fijará en su oportunidad procesal, las agencias en derecho que corresponden en primera instancia.

11. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los ordinales primero y segundo de la parte resolutive de la sentencia de fecha catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021), objeto de la presente consulta, únicamente en lo que atañe al aquí demandante OLMEDO ARÉVALO SANDOVAL; y en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del actor OLMEDO ARÉVALO SANDOVAL al RAIS, administrado por PORVENIR S.A., de conformidad con lo expuesto en la motivación de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el actor OLMEDO ARÉVALO SANDOVAL se encuentra válidamente vinculado al RPM, administrado por COLPENSIONES E.I.C.E., según lo motivado.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a devolver y depositar en COLPENSIONES E.I.C.E. los valores que obren en la cuenta individual del afiliado OLMEDO ARÉVALO SANDOVAL, atinentes a capital, cotizaciones efectuadas a favor del actor, bonos pensionales, frutos y rendimientos que se hubiesen causado, así como los valores descontados por los gastos de administración debidamente indexados, las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales, las sumas por concepto de la cotización destinada a la garantía de pensión mínima y la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, siempre que estas últimas se hayan causado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A., que normalice la afiliación del demandante en el RPM y proceda también a entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes del actor, de conformidad con lo motivado en esta providencia.

QUINTO: NEGAR todas las excepciones de fondo alegadas por las entidades demandadas, acorde con lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: SIN CONDENA en costas de segunda instancia, en virtud del grado jurisdiccional de consulta aquí surtido, conforme se indicó en la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO: CONDENAR en costas de primera instancia a la demandada PORVENIR S.A., y a favor del demandante.

Las agencias en derecho de primera instancia se fijarán, como se dijo en la parte motiva.

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

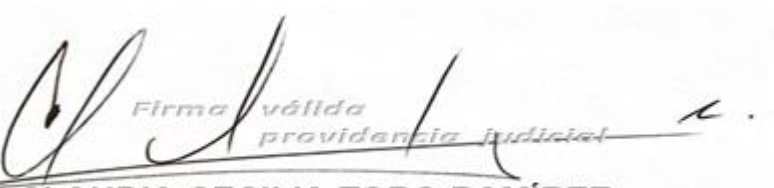
Los Magistrados



Firma válida
providencia judicial

LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO PONENTE

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO



Firma válida
providencia judicial

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL



Firma válida
providencia judicial

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL

