

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, veinticinco (25) de enero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTES	CARLOS FERNANDO ROJAS PIAMBA
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES 2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICADO	19-001-31-005-002-2020-00193-01
INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA
TEMA	TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL - NULIDAD DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS - PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	SE ADICIONA EL ORDINAL SEGUNDO 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 Y LAS SUMAS PAGADAS POR LAS PÓLIZAS DE LOS SEGUROS PREVISIONALES Y SE CONFIRMA EN LOS 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 el **RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los apoderados judiciales de las partes demandadas y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de Colpensiones**, contra a la Sentencia del dieciséis (06) de julio de dos mil veintiuno (2021), proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende el demandante: **(i) Que se declare** la nulidad o en su defecto la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A de CARLOS FERNANDO ROJAS PIAMBA; **(ii) Que se declare y ordene** que PORVENIR S.A debe asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pension de vejez del actor, por los gastos de administración en que hubiere incurrido; **(iii) Que se declare y ordene** que PORVENIR S.A debe trasladar a la administradora de régimen de prima media, todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, gastos de administración, sumas adicionales de las aseguradoras, bonos pensionales, con los rendimientos que se hubieren causado; **(iv) Que se ordene** a la entidad demandada pago de las costas y agencias en derecho.

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

El señor Carlos Fernando Rojas Piamba se trasladó del régimen de prima media con prestación definida administrada por

CAJANAL al fondo de pensiones HORIZONTE, hoy PORVENIR en el año 2002.

Los promotores del fondo de pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR, informaron al actor unas condiciones más favorables que las ofrecidas por el ISS, por lo cual tomó la decisión, pues como contratista no podría seguir cotizando en Cajanal. Los promotores encargados de la afiliación omitieron informarle que el monto de la pension estimada era de carácter relativo y no absoluto, pues se encontraba sujeto a los rendimientos del capital y a otros factores que podrían disminuir el monto de la pension, además, incumplieron con el deber de suministrar una información adecuada, suficiente y cierta, información con la que el señor Carlos Fernando Rojas hubiera adoptado una decisión libre y espontánea.

La última proyección realizada por PORVENIR al actor, establecía que tendría derecho a la pension de vejez en la modalidad de retiro programado, teniendo en cuenta la edad, beneficiarios, bono pensional, que aproximadamente a los 62 años tendría una mesada pensional estimada en \$1.319.200. Asegura, que este monto de mesada pensional es insignificante para la calidad de vida del demandante.

Agrega que la misma mesada pensional proyectada para el 2020 si estuviera en el régimen de prima media con prestación definida seria de un monto aproximado de \$8.483.706. lo que demuestra el engaño del que fue objeto el actor por parte de los promotores.

Finalmente sostiene que, en oficio del 26 de agosto del 2020 suscrito por la Dirección Atención Integral a Clientes de Porvenir SA, pretende señalar que la información prestada fue veraz y completa pero no anexan ningún documento que lo prueben. Adicionalmente, nunca se habló de las ventajas y desventajas, para que el actor pudiera tomar una decisión adecuada y tener claridad sobre las consecuencias jurídicas; tanto que el formulario suscrito en el año 2020, fue diligenciado en su totalidad por el asesor comercial y el señor ROJAS PIAMBA se limitó a suscribirlo.

2.2. Contestación de la demanda COLPENSIONES

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderado judicial, luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, se **opone a todas las pretensiones**, al considerar (i) que los engaños que la parte actora enuncia como vicios de consentimiento, son errores de derecho que no dan lugar a la declaración judicial de nulidad del negocio jurídico; (ii) que por la edad de 59 años del demandante, se encuentra a menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad consolidando su derecho a su pensión, en consecuencia, no es posible acceder al traslado de régimen; (iii) el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario y (iv) el actor tomó la decisión consciente de permanecer en el régimen y debe demostrar la preexistencia de una fuerza que vicie el consentimiento.

Propuso como excepciones de mérito: “Inexistencia de la obligación”, “indebida interpretación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional”, “inexistencia de vicio en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante que traiga como consecuencia la ineficacia o invalidez de la misma”, “imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos”, “buena fe”, “la inoponibilidad de la responsabilidad de la afp ante Colpensiones”, “prescripción” e “innominada y genérica”.

2.3. Contestación de la demanda PORVENIR S.A

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderado judicial, luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, se **opone a todas las pretensiones**, bajo los siguientes argumentos:

Consideran que es improcedente la solicitud de nulidad del traslado o afiliación, pues no existe ningún vicio en el consentimiento expresado por el actor, de hecho, la selección de

cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria, pues se manifiesta por escrito al momento de la vinculación o del traslado.

Agrega que, en materia de seguridad social, la sostenibilidad financiera tiene como propósito garantizar que el sistema sea financieramente viable. En consecuencia, habilitar un traslado de régimen de quien se encuentra dentro de las restricciones en la ley, ocasionaría un detrimento para la administradora de pensiones, considerando que cada régimen es totalmente diferente, pues no existe un equivalente de aportes entre uno y otro régimen, además, la distribución de las cotizaciones también es diferente.

Sostiene que la información que fue suministrada se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ella ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia.

Expresa que el afiliado es quien tiene la decisión respecto a su futuro a través de la planeación y ahorro que implica ciertas actuaciones como mantener un nivel de cotización constante tanto en el tiempo, como en el valor. En cumplimiento de estas variables y en consecuencia la edad y el monto de la pensión alcanzada, dependen directa y exclusivamente del afiliado y no de la administradora del RAIS. De manera que no puede ahora aducir válidamente que fue engañado pues además de haber recibido toda la asesoría e información, la parte demandante tuvo la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor comercial.

Finalmente expresa que, la teoría de la inversión de la carga de la prueba, no resiste un análisis serio, pues este principio le incumbe a la demandante o a quien tenga la capacidad de demostrar un hecho procesal que en este caso es ausente por se inexistente.

Propuso como excepciones de mérito: “Prescripción”, “Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas”, “Buena fe”, “Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación”, “Prescripción

de las obligaciones laborales de tracto sucesivo”, “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. Decisión de primera instancia

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día seis (06) de julio de 2021, y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar SENTENCIA en la cual: **Declaró** de conformidad con lo dispuesto en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, la ineficacia del traslado o al régimen de ahorro individual con solidaridad que a partir del 1de enero de 2002 se atribuye al señor Carlos Fernando Rojas Piamba, a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., ante la ausencia de un consentimiento libre, voluntario e informado en la escogencia del régimen de ahorro individual, por lo anterior, el señor Carlos Fernando Rojas Piamba siempre conservó su derecho a permanecer en el régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones y en consecuencia, condenó a PORVENIR S.A., como ultima administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si es del caso, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado.

Estos valores deberán ser recibidos por COLPENSIONES en razón a la ineficacia que se declara.

TESIS DEL JUEZ: Se apoya en la línea jurisprudencial de que en esta clase de procesos la carga de la prueba se invierte, por lo tanto, le correspondía a la administradora de pensiones probar de forma suficiente y clara el deber de información y no basta con el diligenciamiento de los formularios, que no es prueba suficiente de una manifestación de voluntad completamente libre.

Y como no es posible verificar que la administradora de fondo de pensiones cumplió con el deber de suministrar una información completa y suficiente que le permitiera en su momento al afiliado de verificar lo positivo y lo negativo de cada régimen, al tenor a lo dispuesto en el numeral 1 del art 97 del decreto 663 de 1993, se genera la ineficacia de esa afiliación o traslado.

Aduce que, el traslado que se atribuye al demandante es ineficaz, es decir que nunca produjo efectos, en razón a ello, se impide que pueda aplicarse cualquier término de prescripción como quiera que este acto jurídico nunca produjo efectos.

Finalmente aduce, el accionante puede retornar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, en consecuencia, condena a Porvenir S.A a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo al traslado.

2.5. RECURSO DE APELACIÓN DE PORVENIR

El apoderado judicial, inconforme con la sentencia de primera instancia, alega los siguientes puntos resumidos:

1. Que entregó al actor la debida información, conforme a las reglas previstas para la fecha del diligenciamiento del formulario el 01 de diciembre de 2001, contenidas en el literal b, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y no comparte los criterios jurisprudenciales de la CSJ-SL sobre este deber de información, al estimar que le ha dado efectos retroactivos a las normas posteriores que regulan este deber contenidas en la ley 1328 de 2009, el decreto 2241 de 2010 y la ley 1748 de 2014, desconociendo las reglas generales sobre la aplicación de la ley en el tiempo del artículo 38 de la ley 153 de 1887 y la sentencia C-239-2001.

Además, al firmar el formulario el actor plasmó su voluntad de afiliación y su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual por más de 19 años.

Que con la decisión impugnada se desconoce el principio de confianza legítima, debido proceso y desconocimiento de las

reglas de la carga y valoración de la prueba del artículo 176 del CGP, al restarle valor probatorio al formulario de afiliación y a los indicios de querer permanecer en dicho régimen.

2. Alega, “... .. La condena a cargo de las administradoras de devolver los dineros correspondientes a los **gastos de administración**, desconocen las reglas existentes en materia de restitución es mutuas y en principios que proscribe el enriquecimiento sin causa. En efecto, el régimen de restitución es mutuas tiene como objeto fundamental que Los traslados patrimoniales que quedan sin justificación por la declaratoria de ineficacia del acto jurídico, sean devueltos a las partes que los originaron, de tal forma que se les ponga en las circunstancias en que se encontrarían si aquél no hubiera tenido lugar. Condenar a la AFP ya que devuelva los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos, más no generar los descuentos de gastos de administración en los que tuvo que incurrir Porvenir S.A por más de 19 años para que estos dineros depositados en la cuenta de ahorro individual tengan rendimientos, claramente está afectando las restituciones mutuas, Porvenir S.A ha tenido que invertir parte de su tiempo, parte de su personal, y parte de las herramientas técnicas para incurrir en estas gestiones que no buscan otra cosa que administrar los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual para posteriormente lograr financiar la pensión de vejez regulada en el régimen de ahorro individual del cual de manera libre y voluntaria decidió pertenecer el demandante. En el caso que nos ocupa se debe tener en cuenta que Porvenir S.A durante todo este proceso de traslado ha actuado con la mayoría absoluta buena fe y en cumplimiento con lo dispuesto en el régimen de ahorro individual al cual pertenecen las AFPS.”

Y más adelante reitera, “... ..Se llama la atención también que las decisiones que en sede judicial se tomen en estos casos de solicitud de traslado de régimen, deben considerar las reglas sobre las restituciones mutuas, la equidad, el principio de sostenibilidad financiera regulado en el artículo 48 de la Constitución Nacional, el mantenimiento del orden legal, la seguridad jurídica, por ello solicitamos muy respetuosamente se revoque la orden respecto al traslado de recursos destinados a gastos de administración regulado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y en su lugar se ordene dar aplicación al artículo séptimo del decreto 39 95 del 2008 que regula el traslado de recursos entre los regímenes pensionales, en ese orden de ideas queda presentado mi recurso de apelación, muchas gracias señor juez”.

2.5.1. RECURSO DE APELACIÓN DE COLPENSIONES

En resumen, se alega error de hecho y de derecho en la sustentación de la sentencia, porque (i) los vicios alegados no

son del consentimiento, sino errores de derecho como lo dispone el artículo 1509 del CC; (ii) que al actor le faltan menos de 10 años para el traslado entre regímenes, según el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; (iii) que no se valoró la conducta del actor de permanencia en el régimen RAIS y las confesiones del actor realizadas en el interrogatorio de parte, al aceptar que fue asesorado en debida forma.

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.

El apoderado judicial de Colpensiones, solicito la revocatoria de la sentencia de primera instancia, bajo los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, pero agrega que la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado.

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, las razones de planteadas en las excepciones de fondo y en las reflexiones planteadas en los alegatos presentados ante el Juez de primera instancia, concretamente respecto del punto que hace referencia a la devolución a Colpensiones de las sumas que corresponden a los gastos de administración.

Por último, expresa que los gastos de administración, comisiones y el valor desembolsado para cubrir la prima de seguro previsional no constituyen un detrimento al patrimonio del afiliado.

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES:

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

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

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

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

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

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

5. ASUNTOS POR RESOLVER

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

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

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

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

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

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

5.3. En sede de consulta en favor de Colpensiones, se debe resolver si procede ordenar: (i) la devolución de los gastos de administración indexados, (ii) las primas de seguros previsionales, (iii) las cotizaciones con destino al fondo de garantía de la pensión mínima; y (iv) verificar la legalidad de la negativa a la declaración de la excepción de prescripción, alegada por Colpensiones.

6. RESPUESTA A LOS CUESTIONAMIENTOS SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO Y CONEXOS

Tesis de la Sala: La Sala concluye, se debe **CONFIRMAR** la declaración de ineficacia del traslado del RPM al RAIS, contenida en la sentencia apelada, porque la administradora de pensiones Porvenir S.A., en su entonces AFP Horizonte, al efectuar la asesoría para el traslado en el año 2002, incumplió con el deber legal del suministro de la información al 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*

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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.

6.5. Por medio del artículo 60 de la Ley 100/93, se regula las características del régimen pensional RAIS, y en lo que interesa, se resalta lo dispuesto en el literal c, en su versión original, atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 1995:

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

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

Sobre la escogencia del régimen pensional, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por medio del cual se reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, original, en lo relevante para resolver, regula que:

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

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

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

6.6. A su vez, en el artículo 72, literal f) del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF) aplicable al presente caso en su texto original, por razón del traslado en el año 2001, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

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

(... ...)

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

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

Y, además, expresamente se dispone que

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

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

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

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

afiliado cuenta con una *expectativa de pensión* o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

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

(ii) *En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.*

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

(iv) *Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento*

del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

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

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

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

“3.2. Excepción de saneamiento de la nulidad relativa.

La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

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

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

[3: El artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo refiere que «No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca» el mínimo de derechos laborales.][4: Los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011 «Estatuto del Consumidor», privan de efectos, de pleno derecho, a las cláusulas abusivas incluidas en los contratos celebrados con los consumidores.][5: De acuerdo con el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el contenido de las pólizas debe "ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente Estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva".]

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

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte

interesada, la ineficacia es insanable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.

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

6.11. HECHOS PROBADOS RELEVANTES

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

6.11.1. Según la información consignada en la historia laboral consolidada del demandante, expedida por la Gobernación del Cauca, el demandante estuvo cotizando al extinto Cajanal, entre el 01 de septiembre de 1988 hasta el 30 de agosto de 1989, realizando cotizaciones al Régimen de Prima Media, según se desprende del oficio visto en la pagina 50/74 del anexo 04 del cuaderno digital de instancia.

Igual información se extrae del Bono pensional expedido por el Ministerio de Hacienda, en Favor de Porvenir, visto en el archivo 17 del cuaderno digital de primera instancia.

6.11.2. Está probado con el formato denominado “solicitud de vinculación fondo de pensiones obligatorias”, con fecha de diligenciamiento del 01 de diciembre de 2001, visible en el archivo Nro. 22 del expediente digital de primera instancia, que el señor Carlos Fernando Rojas estando afiliado al extinto ISS, hoy Colpensiones, solicitó el traslado del régimen pensional de prima media, al RAIS administrado PORVENIR SA, en enero de 2002 y así se acepta en la contestación de la demanda por la pasiva Porvenir.

6.11.3. Al escuchar el interrogatorio de parte, la Sala no encuentra confesiones relevantes diferentes a la aceptar que

firmó el formulario de afiliación con la información que le suministró el asesor, en las instalaciones del Hospital, cuando fue contratado como médico.

CONCLUSIONES:

1. Se evidencia con claridad que al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante en calidad de trabajador del sector público venía prestando sus servicios al Departamento del Cauca desde el año 1988, estando afiliado al régimen de prima media, administrado en ese entonces por Cajanal, desde 01 de septiembre de 1988 hasta el 30 de agosto de 1989, sin que se evidencie ninguna otra cotización.

2. Por otra parte, del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados con la demanda y su contestación, esta Sala advierte que la pasiva Porvenir, estando obligada, no demostró en el proceso que los asesores del fondo Horizontes le hubiesen dado a conocer al actor 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.

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

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

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

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

6. En punto al argumento de la apoderada de Colpensiones, de la existencia de un mero error de derecho en cabeza de la AFP, se desestima, toda vez que se trata de la obligación legal, en cabeza de la AFP, de asesorar y brindar información clara y precisa sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen y el legislador consagra expresamente la consecuencia jurídica de la ineficacia de la afiliación, por el incumplimiento de tal obligación, en el literal b) del artículo 13, en concordancia con el artículo 271, ambos de la Ley 100 de 1993, en citas anteriores. En consecuencia, no resulta necesario verificar alguna de las causales de nulidad de los negocios jurídicos, entre otras, los vicios en el consentimiento.

Tampoco se acogen los alegatos que endilgan errores del Juez de Primera Instancia en la valoración del interrogatorio de parte, porque no se encuentran configuradas las confesiones endilgadas al actor sobre la debida asesoría, en la medida que sólo narró algunos de los puntos sobre los cuales se le informó.

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

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

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.

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

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

7.1. En relación con los gastos de administración ordenados en la sentencia de primera instancia y a fin de dar respuesta a

la apelación por parte de Porvenir SA, que de manera expresa solicita se le exima de la devolución, La Sala no avala tal pedimento por las siguientes razones:

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

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

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

“También se ha dicho por la Sala que una vez se declara la ineficacia, debe la administradora de pensiones trasladar a Colpensiones, en este caso Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías, además del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración debidamente indexados, puesto que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a

recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

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

Además, insiste esta corporación en que, si hubiere existido un cabal cumplimiento de las obligaciones de la AFP HORIZONTE

hoy PORVENIR S.A. de suministrar información al demandante y constatar además el consentimiento informado y la voluntad del actor de trasladarse para el año 2002, hubiere podido avizorar en ese mismo instante la irregularidad referente a la firma del formulario de solicitud de vinculación correspondiente.

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

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

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

Entonces, como la ineficacia comporta el desconocimiento de los efectos jurídicos del acto de traslado desde el mismo momento en que aquél pretendió materializarse, siendo consecuencia obligada la devolución de la cotización completa, aunque en su momento la misma haya sido distribuida en la forma indicada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, así como también los rendimientos financieros causados

en vigencia de la afiliación efectuada de manera irregular, como quiera que de no haberse presentado, en el RPM la cotización también habría obtenido rendimientos, se habrá de adicionar la parte resolutive de la sentencia consultada, en el sentido de indicar que también será objeto de devolución por parte de la AFP Porvenir SA, las sumas que haya descontado con destino a la garantía de pensión mínima, de la cotizaciones obligatorias que mes a mes recibió a nombre de la demandante, en tanto se trata de un rubro que en la actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada.

7.3. En sede de consulta, estima la Sala necesario abordar el punto sobre la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR para la adquisición de los seguros previsionales, porque son valores que hacen parte de la cotización y su devolución surge dentro de los efectos de la ineficacia del traslado, como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido y por eso es que la Corte Suprema de Justicia, a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

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

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

pensión de sobrevivientes y de invalidez, se financian con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional, el bono pensional (si a ello hubiere lugar) y la suma adicional, que estará a cargo de la aseguradora.

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

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

8. RESPUESTA AL TEMA DE LA PRESCRIPCIÓN, EN SEDE DE CONSULTA

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verifica si procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha del traslado y la presentación de la demanda, transcurrió más de tres años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción de nulidad, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 2001.

La Sala niega la declaración de la excepción de prescripción, como quiera, que en este caso no se declara la nulidad, sino la

inexistencia del acto de traslado al RAIS, que también se enmarca en lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que los hechos aquí acreditados en cuanto a la materialización de un traslado carente de voluntad y consentimiento de la afiliada, comportan una transgresión a los derechos a la seguridad social y libre escogencia de régimen de la actora.

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

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

En la sentencia en mención, se afirma:

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

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran

afiliados. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adocarinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la **afiliación**, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión» (resaltado fuera del texto original)

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

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

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia anotada, no procede declarar probada la excepción de prescripción alegada por el fondo privado accionado y Colpensiones, en tanto el(la) afiliado(a) puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral en cualquier momento para solicitar la declaración de ineficacia de la afiliación, y se defina en que régimen pensional se encuentra afiliado, aspecto que por analogía considera la Sala aplicable en este evento en que los hechos acreditados constatan una ausencia de voluntad y consentimiento en el traslado de la demandante del RPM al RAIS, derivado de la irregularidad comprobada en los formularios de afiliación por adulteración de la firma de la afiliada, que lo tornó inexistente; resaltándose que de ser afectada la acción que busca restablecer los derechos conculcados con el fenómeno de la prescripción, transgrede directamente derechos mínimos e irrenunciables de la demandante relacionados con la seguridad social y ligados a la pensión de vejez.

9. COSTAS

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

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

10. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: SE ADICIONA el ordinal SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia del seis (06) de julio de dos mil veintiuno (2021), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a la AFP PORVENIR SA, a devolver y depositar en Colpensiones los gastos de administración debidamente indexados, las sumas descontadas con destino al fondo de pensión mínima y las sumas pagadas por concepto de las primas de los seguros previsionales, 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 Colpensiones y Porvenir S.A., a favor de la demandante, de

conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

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

Los Magistrados



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS
SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO



Firma válida
providencia judicial

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA