

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, cuatro (04) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	EMIRO ELCÍAS SAMBONÍ JIMÉNEZ
DEMANDADOS	1. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - AFP PORVENIR S.A 2. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E.
RADICADO N°	19-001-31-05-003-2021-00106-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS - PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	-SE MODIFICA EL ORDINAL PRIMERO DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y CONSULTADA, PARA DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS. - SE ADICIONA EL ORDINAL TERCERO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y CONSULTADA, PARA ORDENAR SE NORMALICE LA AFILIACIÓN DEL ACTOR EN EL SISTEMA, REMITIR ARCHIVO Y DETALLE DE COTIZACIONES Y SE REMITA TAMBIÉN LA HISTORIA LABORAL ACTUALIZADA DEL ACTOR. - SE MODIFICA EL ORDINAL TERCERO DE LA

	<p>SENTENCIA IMPUGNADA Y CONSULTADA EN RELACIÓN CON LOS VALORES QUE SE DEBEN DEVOLVER INDEXADOS.</p> <p>-SE CONFIRMA EN LO DEMÁS.</p>
--	---

1. ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, la Sala Laboral de esta Corporación Judicial, integrada por los Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado Ponente, procede a proferir sentencia escrita que resuelve el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada AFP PORVENIR S.A; y a su vez, el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, a favor de la entidad pública demandada COLPENSIONES E.I.C.E.; contra la Sentencia de primera instancia No. 062 del ocho (08) de noviembre del año dos mil veintidós (2022), proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, CAUCA, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL de la referencia.

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

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende el demandante: **(i) Se declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, **(ii) Se declare** que PORVENIR S.A., debe asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez del actor; **(iii) Se declare** que PORVENIR debe trasladar al RPM, los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo las

cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con todos los rendimientos que se hubieran causado.

En consecuencia; **(iv) Se condene** a PORVENIR S.A., a sumir con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez del actor, por los gastos de administración en que se hubiere incurrido; **(v) Se condene** a PORVENIR S.A., a trasladar al RPM, administrado por COLPENSIONES, los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora con todos los rendimientos que hubieren causado y **(vi) Se condene** a la entidad demandada al pago de las costas y agencias en derecho (Archivo No. 03, expediente digital 1ra instancia).

Como **fundamentos fácticos**, manifiesta nació el 02 de octubre de 1958; ha realizado cotizaciones desde el 27 de octubre de 1988 afiliado al ISS, donde reúne un total de 74 semanas cotizadas al RPM.

Agrega que se afilió a PORVENIR S.A. el 1 de septiembre de 1995 y a la fecha de presentación de la demanda, cuenta con un total de 1.322 semanas cotizadas; que su traslado al RAIS se hizo debido a que promotores de la entidad demandada le ofrecieron mejores condiciones pensionales, en comparación a las establecidas para el RPM en el que se encontraba, pero indica que, la información que recibió y que le llevó a tomar la decisión de realizar el traslado fue parcial; de manera que, el fondo de pensiones incumplió con una de sus obligaciones legales, la cual es, suministrar información adecuada, suficiente y cierta.

Finalmente, señala en lo relevante que, la entidad demandada guardó silencio frente a la solicitud relacionada con el traslado de cotizaciones, radicada el día 25 de agosto de 2020.

2.2. CONTESTACIÓN DE PORVENIR S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, la AFP PORVENIR S.A., a través de su apoderada judicial, contestó la acción, en la cual

aceptó que el actor se afilió a PORVENIR el 1° de septiembre de 1995 y registra un total de 1332 semanas.

Además, se **opuso a todas las pretensiones**, argumentando que el demandante es una persona capaz a la luz del artículo 1503 del C.C., quien manifestó de forma libre y voluntaria su decisión de traslado, mediante la suscripción del formulario de vinculación dispuesto legalmente para tal fin, y que el actor recibió una asesoría integral, conforme las normas vigentes para la época, pues solo hasta la expedición de la circular 016 de 2016, surgió para las AFPS, la obligación de guardar los soportes documentales, y que por ello, antes de dicha fecha, las asesorías eran verbales, sin que por ello pueda afirmarse que no fueran completas, transparentes y oportunas.

Propuso como *excepciones de mérito*: (1) Prescripción, (2) Prohibición legal de aplicar retroactivamente la ley, (3) Principio de confianza legítima, (4) Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, (5) Buena fe, (6) Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, (7) Prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, (8) Innominada o genérica, (9) Inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, (10) Debida asesoría del fondo (Archivo No. 11, pág. 94-118, expediente de primera instancia).

2.3. Contestación por COLPENSIONES:

En ejercicio del derecho de contradicción y defensa, la apoderada judicial de la demandada COLPENSIONES contestó la demanda y luego de responder a cada uno de los hechos, se **opuso a las pretensiones de la demanda** argumentando que, no se encuentra acreditado que se haya brindado por parte de la AFP una indebida asesoría, además que se encuentra prescrita la acción correspondiente para dichos efectos.

Señala que, en caso de accederse a las pretensiones, se ordene que:
1. La AFP PORVENIR S.A, normalice la afiliación en el sistema de información de administradoras de fondo de pensiones – SIFP

(anulación a través de mantis); 2. La devolución de sus aportes a COLPENSIONES, con la respectiva entrega del archivo y el detalle de aportes realizados durante su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS; y 3. Que la AFP PORVENIR S.A aporte la historia laboral del actor, debidamente actualizada.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: (1) *Inexistencia de la obligación - inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación del demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma,* (2) *Retorno en cualquier tiempo al RPM, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera,* (3) *La carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso,* (4) *Errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C.,* (5) *- Indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales - vulneración del principio de la confianza legítima,* (6) *Inoponibilidad por ser tercero de buena fe,* (7) *Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen,* (8) *Se otorga un alcance que no corresponde al contenido de los Decretos 663 de 1993 y 692 de 1994, en cuanto a la voluntad vertida en el formulario de afiliación,* (9) *Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social,* (10) *Sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación,* (11) *Improcedencia de la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados y* (12) *prescripción.* (Archivo No. 07, págs. 39-52, Expediente de primera instancia).

2.4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El **JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, (CAUCA)**, se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día 08 de noviembre de 2022 y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA No. 062**, en la cual resolvió: **(i) DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación en**

pensiones del demandante, EMIRO ELCIAS SAMBONI JIMENEZ a la AFP PORVENIR S.A., efectuada a partir del 24 de agosto del año 1995 y efectiva a partir del 1 de septiembre de 1995. En consecuencia; **(ii) DECLARAR** que para todos los efectos legales el demandante nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo, siempre permaneció en el RPMPD; **(iii) CONDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.**, a efectuar el pago o traslado a **COLPENSIONES**, como administradora del RPM, del total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del demandante EMIRO ELCÍAS SAMBONÍ JIMÉNEZ, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a la Administradora COLPENSIONES, junto con los bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido, las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual del demandante por concepto de gastos de administración debidamente indexadas, lo descontado con destino a la garantía de pensión mínima y lo descontado de las cotizaciones obligatorias para el pago de las primas de seguros previsionales, con la debida indexación; **(iv) ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES recibir los valores trasladados por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y correspondientes al demandante; **(v) DECLARAR** como no probadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES y **(vi) CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A. al pago de las costas en favor del demandante.

TESIS DEL JUEZ: Encontró acreditado, el demandante antes de su traslado al RAIS, estuvo vinculado al RPM, conforme a los aportes que allí efectuó, según certificado de aportes expedido por COLPENSIONES, encontrándose actualmente afiliado el actor a PORVENIR, sin que se reporte que se le haya reconocido la pensión de vejez.

Con apoyo en fundamentos legales y jurisprudenciales consideró, en este caso no se comprobó que la demandada hubiera suministrado información clara y precisa de los aspectos favorables o desfavorables de la decisión a tomar, para que la misma tuviera la condición de ser libre y voluntaria, razón por la cual el acto de la afiliación se torna ineficaz, despachando así las excepciones perentorias propuestas por PORVENIR, lo que a su juicio genera la consecuencia jurídica plasmada en el artículo 271

de la ley 100 de 1993, en el sentido de quedar sin efecto la afiliación del demandante a PORVENIR S.A., suscrita el 24 de agosto de 1995, con efectividad a partir del 1° de septiembre de 1995, teniendo como efecto que, el demandante siempre permaneció en el RPM.

Además, sostuvo que, de acuerdo a criterio jurisprudencial, la presente acción no es susceptible de ser afectada con el fenómeno de la prescripción.

En consecuencia, condenó a la demandada PORVENIR S.A., a efectuar el pago o traslado a la administradora COLPENSIONES del total de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega del mismo, junto con los bonos que eventualmente se hubieren expedido a favor del demandante, ordenando a COLPENSIONES recibir el capital.

Además, ordenó la devolución de las sumas de dinero descontadas por parte PORVENIR S.A. de la cuenta individual del demandante, por concepto de gastos de administración debidamente indexados, así como lo descontado con destino a la garantía de pensión mínima y lo descontado de las cotizaciones obligatorias para el pago de las primas de seguros previsionales, indicando que dichos valores deberán ser indexados, conforme a la jurisprudencia a la que hizo mención.

Tuvo como no probadas las excepciones formuladas por la demandada Colpensiones y, por último, condenó en costas a PORVENIR S.A. Sin condena en costas a cargo de COLPENSIONES.

2.5. RECURSO DE APELACIÓN DE PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A., presenta recurso de apelación, al estar inconforme con las siguientes condenas:

- 1.** La devolución de las comisiones por la administración de la cuenta individual del actor, al considerar que se están desconociendo las reglas sobre las restituciones mutuas, “...
...pues a pesar de que Porvenir S.A. ejecutó cabalmente sus obligaciones y en tal virtud generó una rentabilidad en favor del afiliado, aquellas

gestiones se están dejando sin la correlativa compensación a la que tiene derecho la AFP. Así pues, al resultar imposible retrotraer los efectos de las labores de administración desarrolladas durante un tiempo más que considerable y que estamos hablando de hechos consolidados, no es procedente ordenar la restitución de las sumas percibidas por ese concepto, pues con ello se estaría quebrando el equilibrio por el que se debe propender con las restituciones mutuas.

En estos casos en los que no resulta viable retrotraer los efectos de la prestación ejecutada por uno de los contratantes, el carácter retroactivo de la declaratoria de ineficacia, no puede servir para generar un enriquecimiento injustificado a la otra parte.

Esto cobra especial trascendencia en los casos como el que hoy nos ocupa, pues ha sido el mismo legislador el que ha determinado las obligaciones a cargo de las sociedades administradores de los fondos de pensiones y cesantías y su derecho a percibir una remuneración, para la que incluso se estableció en la misma ley el porcentaje de cotización que se puede destinar a cubrir esos gastos de administración (artículo 20, ley 100 de 1993).”

2. *“Adicionalmente, resulta igualmente cuestionable la orden de restitución de los valores correspondientes a las primas de seguros previsionales, como quiera que el contrato de seguro es un contrato de tracto sucesivo, es claro que una vez agotado el término por el que se adquirió la cobertura, el asegurador devengó de manera definitiva la totalidad de la prima acordada, como se colige del artículo 1070 del Código de Comercio. En este caso, debe tenerse en cuenta que dicho seguro es adquirido por las administradoras en virtud de una obligación legal (artículo 108, ley 100 de 1993); y que existe una coligación negocial entre la afiliación al RAIS y el seguro previsional, lo que supone analizar como las vicisitudes de uno afectan al otro*

A este respecto, debe tenerse en cuenta que, por virtud del principio de taxatividad de esta sanción negocial, la ineficacia únicamente alcanza al acto de traslado de régimen pensional y no al contrato de seguro. De tal forma que, este último, durante su vigencia fue plenamente eficaz y produjo sus efectos.

Por esta razón, no resulta viable la devolución de las primas de seguro previsional, de la cual fue asegurado y beneficiado el afiliado, pues lo cierto es que aquel o sus beneficiarios, se hubiesen beneficiado de la cobertura de ese contrato de seguro, si le hubiese acontecido los siniestros de invalidez o de muerte.

Por lo tanto, en la medida que la sociedad administradora de los fondos de pensiones y cesantías contrató el seguro previsional en cumplimiento de una obligación legal y que de aquella se derivó un beneficio para el afiliado durante la vigencia de la relación aseguraticia, se hace patente que la retroactividad de la ineficacia no pueda hacer desaparecer los efectos de un contrato de tracto sucesivo, que se agotó mientras el afiliado se encontró vinculado con PORVENIR S.A.”

3. *“Así mismo, solicito muy comedidamente a los señores Magistrados tener en cuenta que, al crear esa ficción jurídica de que el demandante nunca estuvo afiliado al régimen de ahorro individual y en su lugar, considerar que el mismo siempre estuvo vinculado al RPMPD, se puede analizar que los dineros que se depositan en la cuenta de ahorro individual tienen unos rendimientos bajo los parámetros del RAI, por lo tanto, en el momento de declararse esa ineficacia de la afiliación, el afiliado queda dentro del régimen de prima media, por lo tanto, los rendimientos que se deben ordenar girar son los rendimientos que se hubiesen generado en el régimen de prima media, es decir, rendimientos RISK, rendimiento porcentual mensual equivalente a la tasa anual efectiva de las reservas del ISS, hoy COLPENSIONES.*

Adicionalmente, solicito a los señores Magistrados que se autorice descontar del concepto de las restituciones mutuas los dineros o las expensas o los gastos que se hayan hecho en favor del demandante y en procura de haber generado los rendimientos que hasta la fecha se han obtenido.

Así las cosas, se ordene, bien reintegre el porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual realizada al sistema general de pensiones por concepto de gastos de administración (artículo 20, ley 100 de 1993), durante el periodo en que el demandante estuvo vinculado con PORVENIR S.A.; o bien se realice un pago por el valor que corresponda al costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos. Lo anterior, teniendo en cuenta que la justicia no puede desconocer que la AFP desarrolló durante un periodo determinado la administración de unos recursos, que incrementaron notoriamente el saldo de la cuenta de ahorro individual y por ende, debe realizar compensaciones mutuas que tengan un lugar y no simplemente ordenar el traslado de los gastos de administración a Colpensiones, como quiera que, tanto Colpensiones como las diferentes AFP reciben esta comisión a manera de retribución por los servicios prestados al afiliado.

No obtener, o no ordenar la aplicación de esas retribuciones mutuas ni compensaciones solicitadas por PORVENIR S.A. sobre los rendimientos financieros generados, es generar un enriquecimiento sin causa a favor

de COLPENSIONES, al permitir que dicha entidad se beneficie sin haber ejercido la administración de tales recursos durante los periodos declarados ineficaces.”

4. *“De otra parte, también solicito muy respetuosamente a los señores Magistrados se revoque la orden respecto de la indexación, lo anterior teniendo en cuenta que al ordenar a PORVENIR S.A. la devolución de sumas indexadas, se incurre en una doble condena sobre el mismo asunto, pues se debe tener en cuenta que la devolución de los rendimientos ordenados frente al dinero depositado en la cuenta de ahorro individual o los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual genera una doble condena por ese mismo concepto, si a ello se le agrega una indexación, porque, si se deben generar rendimientos que son los dineros actuales, que son dineros a la fecha, no se puede entonces también generar una entrega de dineros también indexados, ya que eso generaría una actualización de la moneda, entonces se estaría generando una doble condena por el mismo concepto.*

Sobre el particular se considera que, se debe tener en cuenta que la devolución de rendimientos financieros incluye los frutos e intereses que se obtuvieron por los dineros recibidos por la AFP como consecuencia de la afiliación del demandante, por lo que la entidad debe excluir la indexación ordenada en primera instancia, pues lo que queda claro es que los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual ya se están devolviendo con los rendimientos causados. En ese orden de ideas, no es procedente que se ordene un doble pago, así lo ha expuesto en sentencia la CSJ. Sentencia SL del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, reiterada en la sentencia del 22 de noviembre de 2011, radicado 33083, Sala Laboral 1421-2019, y SL 12817 de 2019.

En esos términos, solicito muy respetuosamente a los señores magistrados, revocar la decisión emitida en primera instancia en cuanto se refiere a la devolución de gastos de administración, primas de seguro e indexación, pues, totalmente, como se ha manifestado, la indexación es inviable porque se está ordenando un doble pago.”

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con la nota secretarial suscrita por el secretario de esta Sala (Archivo No. 09, expediente digital de 2da instancia); se

recibieron oportunamente alegatos por parte de los apoderados de las partes demandada (Colpensiones) y demandante así:

3.1. ALEGATOS DE COLPENSIONES:

La apoderada judicial de Colpensiones se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, por cuanto no se tuvo que para la época del traslado de la actora no les era exigibles a los fondos documentar las asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de afiliación, pues esta es una carga que la jurisprudencia impuso posteriormente, lo contrario, implica imponer una carga a los fondos no prevista en el ordenamiento jurídico; agregando que es necesario que el operador jurídico considere que lo que está ocurriendo en los asuntos como el que nos ocupa no es porque el fondo privado incumplió, sino porque ocurrió un cambio normativo, y considera que, no es procedente la declaratoria de ineficacia el traslado efectuada por el actor (Archivo No. 06, expediente digital de 2da instancia).

3.2. ALEGATOS DE LA PARTE DEMANDANTE:

El apoderado judicial de la parte Demandante reafirma su posición inicial y considera que las entidades demandadas están en mora de realizar el traslado al RPM, conforme a la reiterada jurisprudencia e la CSJ, que sostiene el deber legal de suministrar la información, en forma clara y suficiente y que la demandada no acreditó.

Por lo expuesto, solicita, se confirme la sentencia de primera instancia y se condene a la entidad demandada a pagar las costas de segunda instancia. (Archivo No. 08, expediente digital de 2da instancia).

3.3. La apoderada judicial de PORVENIR S.A., guardó silencio dentro del término otorgado para alegar de conclusión en esta instancia (Archivo No. 09, expediente digital de 2da instancia).

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

COMPETENCIA: En virtud de que la providencia de primera instancia fue apelada por la AFP PORVENIR S.A., quien integra la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del CPTSS, modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, esta Sala de Tribunal es competente para desatar el recurso contra la sentencia de primer grado.

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

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

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

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

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

5. ASUNTOS POR RESOLVER

Acorde con el recurso de apelación formulado y en respuesta al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, la Sala Laboral resuelve los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS:**

5.1. En sede de consulta: *¿Procede la declaración de ineficacia de la afiliación al RAIS, administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.?*

5.2. De ser procedente la declaración de ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de régimen pensional y en respuesta al tema

sustentado en la apelación por parte de PORVENIR S.A., junto con el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES, se pasa a resolver:

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico ordenar a Porvenir S.A., que traslade al RPM, el capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración, lo descontado con destino a la garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales, todos estos conceptos debidamente indexados?

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

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

Tesis de la Sala: La Sala concluye, se debe **CONFIRMAR** la declaración de ineficacia contenida en la sentencia consultada, pero, se modificará el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y consulta, en el sentido de declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO del RPM al RAIS administrado por la pasiva Porvenir.

Igualmente, es pertinente adicionar el ordinal tercero de la resolutive de la decisión de primera instancia, en tanto se ordenará 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 y su historia laboral actualizada, conforme se petitionó por COLPENSIONES en su respuesta a la demanda, sin que hubiere sido objeto de pronunciamiento alguno por el Juez de Primera Instancia.

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

6.1. El legislador, en ejercicio de su potestad de configuración y en desarrollo del artículo 48 de la Carta, por medio del artículo 12 de

la Ley 100 de 1993, diseñó un sistema de seguridad social en pensiones tendiente a brindar protección a todos sus afiliados y a su grupo familiar ante las contingencias de invalidez, vejez o muerte, a través de dos regímenes excluyentes, regidos por el principio de la solidaridad:

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

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

En este régimen, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen *“un fondo común de naturaleza pública”* que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley¹. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

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

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

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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

(... ...)

“b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntario por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”

(... ...)

Según el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su texto original, aplicable al presente caso en tantos los hechos que lo motivan acaecieron en el año 1995 (año del traslado de régimen), el traslado entre los dos regímenes pensionales sólo se puede realizar por una sola vez cada tres (3) años contados desde la selección inicial.

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

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 1995, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

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

(... ...)

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

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

Artículo 97: Información:

“1. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr

la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.”

6.7. Por medio del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, se disponen las sanciones, en el evento del incumplimiento de las reglas sobre libre escogencia del régimen pensional que le asiste al trabajador, o cuando **“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa... ..”**

Y, además, expresamente se dispone que

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

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

6.9. Sobre casos similares al que nos ocupa, y en particular sobre el deber del suministro de la información clara, amplia y suficientes sobre los aspectos positivos y negativos de cada uno de los dos regímenes pensionales, a cargo de las AFP al momento de la afiliación y/o traslado entre regímenes, más allá de la firma del formulario, la CSJ-SL, ha desarrollado una tesis pacífica, que puede consultarse en las sentencias del 9 de septiembre de 2008 con radicados 31989 y 31314; sentencia del 22 de noviembre de 2011 con radicado 33083; sentencia SL12136-2014; sentencia SL19447-2017; sentencias SL4964 y SL4689, ambas del 2018; sentencia SL1421-2019; SL373-2021; SL3156-2022.

En la sentencia CSJ SL1452-2019, la CSJ Sala Laboral se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de

afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una *expectativa de pensión* o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

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

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

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

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

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

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

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

“3.2. Excepción de saneamiento de la nulidad relativa.

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

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

jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]

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

(...)

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

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

Esta línea se reitera en la sentencia del 03 de julio de 2019, SL2422-2019, en la sentencia CSJ-SL1440-2021 y más reciente SL610-2023.

6.11. HECHOS PROBADOS RELEVANTES:

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

6.11.1. El demandante EMIRO ELCÍAS SAMBONÍ JIMÉNEZ estuvo afiliado al RPM hoy administrado por COLPENSIONES, a partir del 27 de octubre de 1988, donde cuenta con 74,57 semanas

cotizadas, en el periodo comprendido del 27 de octubre de 1988 al 31 de mayo de 1995 (Archivo No. 07, págs. 35-38, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.2. Posteriormente, el señor EMIRO ELCÍAS SAMBONÍ JIMÉNEZ se trasladó del RPM al RAIS, administrado por HORIZONTE, mediante solicitud de vinculación de fecha 24 de agosto de 1995, con fecha de inicio de efectividad: 1° de septiembre de 1995 (Archivo No. 11, págs. 54-55 y 91, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.3. Además, se constata un traslado de AFP de HORIZONTE a PORVENIR, por parte del actor, con fecha de solicitud 23 de enero de 1996 y fecha de inicio de efectividad del 1 de febrero de 1996 (Archivo No. 11, págs. 51 y 91, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.4. El actor cuenta con un total de 1.229 semanas cotizadas ante la AFP PORVENIR S.A., para un gran total de 1.322 semanas cotizadas a seguridad social en pensión (Archivo No. 02, págs. 11-20, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.5. En su declaración de parte, el demandante EMIRO ELCÍAS SAMBONÍ JIMÉNEZ realmente no señaló hechos susceptibles de confesión relevantes para la litis, por el contrario, indicó que, en la AFP del RAIS, únicamente le señalaron que iba a tener una pensión alta, le dieron agendas y lapiceros, pero no lo asesoraron como tal, pues únicamente llenó unos formatos y ya; y agrega que, cuando decidió ir a preguntar ya le dijeron que debía pensionarse con el mínimo, razón por la cual optó por demandar.

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 efectivo

al RAIS, suscrito el 24 de agosto de 1995 y con efectividad a partir del 1 de septiembre de 1995, el demandante se encontraba afiliado al régimen de prima media, con cotizaciones efectuadas en el periodo comprendido del 27 de octubre de 1988 al 31 de mayo de 1995, es decir, el actor cotizaba 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 y el artículo 52 de la ley 100 de 1993, se considera que el demandante estuvo afiliada al RPM.

2. Por otra parte, del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados con la demanda y su contestación, esta Sala advierte que la pasiva PORVENIR S.A., estando obligada, no demostró en el proceso, que 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, incluso el 01 de septiembre de 1995, cuando se dio la afiliación efectiva a PORVENIR S.A., acorde con la interpretación sistemática del literal B) del artículo 13, en conjunto con el artículo 271, ambos de la Ley 100 de 1993 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, es la prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sobre la INEFICACIA JURÍDICA DEL ACTO O NEGOCIO DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS, tal cual lo tiene decantado la CSJ-SL en recientes providencias, entre otras, la citada en precedencia.

4. Ha de señalarse, con la sola firma del formulario de traslado, no se prueba la elección libre y voluntaria del traslado y tampoco son indicios serios de tal conducta, el hecho de que el actor no sea lego, haber permanecido en el RAIS por amplio tiempo y no haber solicitado información y proyección de la pensión, toda vez que, con la sola firma del actor en el formulario de traslado en el año 1995, cuando se dio el traslado del RPM al RAIS, no se cumple el requisito legal del suministro de información, y los referidos indicios, no constituyen prueba idónea del cumplimiento de este deber legal que tenía PORVENIR S.A., por ser la AFP con la cual se dio el traslado del RPM al RAIS, en el año 1995.

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

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

6. Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la declaración de ineficacia proferida en la sentencia de primera instancia, siendo COLPENSIONES la actual administradora del RPM y, por ende, es la AFP que, efectivamente, debe administrar los dineros de la cuenta de ahorro individual del actor.

No obstante, se modificará el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y consulta, en el sentido de declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO del RPM al RAIS.

Así mismo, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, es pertinente adicionar el ordinal tercero de la resolutive de la

decisión de primera instancia, para ordenar a PORVENIR S.A. que normalice la afiliación del demandante en el sistema que corresponda, y proceda también a entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes del actor, así como su historia laboral actualizada, conforme se petitionó por la administradora del RPMPD, ya que dicho pedimento que hizo COLPENSIONES en su respuesta a la demanda (Archivo No. 07, pág. 42, expediente digital de 1ra instancia) no fue objeto de pronunciamiento por el Juez de Primera Instancia (Al respecto puede verse la sentencia de la CSJ-SCL SL629-2023).

7. SOBRE EL TRASLADO A COLPENSIONES DE LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS DE LA CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL, GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, LAS PRIMAS DE SEGUROS PREVISIONALES Y LAS COTIZACIONES CON DESTINO AL FONDO DE GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, TODOS ESTOS CONCEPTOS INDEXADOS

Tesis de la Sala: Resulta procedente confirmar la sentencia de primera instancia que ordenó la devolución del capital y rendimientos financieros depositados en la cuenta de ahorro individual del actor, pero se modificará en el sentido de aclarar que estos valores no se indexarán.

Se confirma la devolución de los gastos de administración o comisiones, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, debidamente indexados por la AFP PORVENIR, al momento de su devolución a la administradora COLPENSIONES, 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.

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

7.1. Del estudio en detalle de la línea de pensamiento de la CSJ-SCL, sobre la indexación de los valores que se deben devolver al RPM, por las administradoras del RAIS, como consecuencia de la

declaración de la ineficacia de la afiliación y/o traslado, encontramos:

En la sentencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, se sostiene:

*“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 que 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, se devolverán indexados:

*“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).**²

También en la SL4174 del 2021, la SL629-2023 y recientemente la SL769-2023 se señaló expresamente:

*“Por lo dicho Protección S. A, Old Mutual, Porvenir S. A. y Colfondos S. A. **deben reintegrar los valores cobrados a título de gastos de administración, comisiones, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que les corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos (CSJ SL5292-2021), pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones. Colfondos S. A. además, deberá devolver la totalidad de los aportes pensionales que actualmente se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus respectivos rendimientos y bonos pensionales.**”³*

7.2. Acorde con los anteriores precedentes, la Sala concluye, se debe resolver favorablemente el recurso de apelación de PORVENIR, pero en forma parcial, y por ende, se modificará la sentencia de primera instancia, para precisar que sólo serán objeto de indexación los gastos de administración o comisiones, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, toda vez que el capital depositado en

² Negrita fuera de texto original

³ Negrita fuera de texto original

la cuenta individual del actor se devolverá con los rendimientos financieros obtenidos hasta el momento de su traslado a Colpensiones, es decir, tal capital proveniente de los aportes pensionales no tuvo ninguna devaluación con el transcurso del tiempo, por el contrario, se incrementó con los rendimientos financieros obtenidos hasta la fecha del traslado.

En cambio, sí procede la devolución indexada de los gastos de administración o comisiones, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, para evitar la desfinanciación del RPM y conforme a los criterios jurisprudenciales citados en precedencia, que avalan tal indexación en concreto, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones.

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

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 1995.

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.

9. COSTAS

En aplicación del numeral 8° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, NO procede la condena en costas en esta instancia a cargo de la parte apelante–PORVENIR S.A., por cuanto tuvo prosperidad parcial su recurso de apelación.

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 MODIFICA el ordinal PRIMERO de la parte resolutive de la sentencia No. 62 del ocho (08) de noviembre de dos mil veintidós (2022), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO del demandante, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, según lo motivado en esta providencia.

SEGUNDO: SE ADICIONA el ordinal TERCERO de la parte resolutive de la sentencia No. 62 del ocho (08) de noviembre de dos mil veintidós (2022), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A., que normalice la afiliación del demandante en el sistema que corresponda, y proceda también a entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes del actor, así como su historia laboral actualizada, según lo motivado en esta providencia.

TERCERO: SE MODIFICA el ordinal TERCERO de la parte resolutive de la sentencia No. 62 del ocho (08) de noviembre de dos mil veintidós (2022), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a la AFP PORVENIR, S.A., a devolver y depositar en Colpensiones debidamente indexados, sólo los valores por concepto de los gastos de administración o comisiones, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, al momento de su devolución a la administradora COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

QUINTO: SIN CONDENA en costas de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: 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
(CON SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO)


Firma válida
providencia judicial
CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL


Firma válida
providencia judicial
CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO

Con el acostumbrado respeto, me aparto de la decisión mayoritaria de incluir la condena en contra de la AFP del RAIS demandada, a la devolución de las sumas pagadas por concepto de las primas para la adquisición de los seguros previsionales, en primer lugar, porque no comparto el criterio relacionado con el pago de tales primas de los seguros previsionales con cargo al patrimonio de las AFP, al estar en contravía del tenor literal del artículo 20 de la Ley

100, en concordancia con el literal b) del artículo 60, en donde claramente se disponen los porcentajes de distribución de LAS COTIZACIONES de los afiliados, entre otros, para la compra de los seguros provisionales para beneficio de los afiliados.

Además, el legislador claramente asignó a las AFP del RAIS la función de ser simplemente administradoras de la cuenta individual de cada afiliado, como lo dispone expresamente el artículo 59 de la misma ley y estaba obligada por mandato legal a la compra de tales seguros previsionales, se insiste, cuyos beneficiarios son los afiliados, jamás las AFP, en la medida que las pensiones del RAIS se pagan con cargo a los recursos de la cuenta individual de cada afiliado, sin que las AFP cubran algún faltante con su propio patrimonio.

Para la compra de estas pólizas de seguros, las AFP sacan los recursos de los aportes de cada afiliado y a su vez Colpensiones del fondo común, toda vez que los beneficiarios del seguro son los afiliados.

Finalmente, porque tales negocios jurídicos con terceros de buena fe, sí conservan validez y producen efectos jurídicos, a pesar de la declaración de ineficacia del traslado.

Acorde con lo expuesto, respecto de estos gastos realizados por las AFP, en cumplimiento a un mandato legal, en favor del administrado, no procede ordenar la devolución como consecuencia de la declaración de la ineficacia del traslado de régimen pensional.


*Proceso válida
providencia judicial*
**LEÓNIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO PONENTE**