

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



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

Magistrado Ponente: LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, veintiuno (21) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	DORIS YACUMAL CHAMIZO
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. 2. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PROTECCIÓN S.A. 3. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A.
RADICADO	19-001-31-05-002-2020-00173-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS-PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	SE ADICIONA EL ORDINAL SEGUNDO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y CONSULTADA, PARA ORDENAR SE NORMALICE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA EN EL SISTEMA RPM, REMITIR ARCHIVO Y DETALLE DE COTIZACIONES A COLPENSIONES E INCLUIR LAS CONDENAS A LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN INDEXADOS, LAS SUMAS PAGADAS POR LAS PÓLIZAS DE LOS SEGUROS PREVISIONALES, LAS SUMAS DEPOSITADAS EN EL FONDO DE GARANTÍA DE LA PENSIÓN MÍNIMA Y LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS

	ADICIONALES DE LAS ASEGURADORAS, SIEMPRE QUE SE HAYAN CAUSADO. SE CONFIRMA EN LO DEMÁS.
--	--

1. ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, la Sala Laboral, integrada por los Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado ponente, procede a proferir sentencia escrita que resuelve los **RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por los apoderados judiciales de la parte demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, y a su vez, el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES**, contra la Sentencia del catorce (14) de febrero de dos mil veintidós (2022), proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende la demandante: **(i) Que se declare** la ineficacia de los traslados de la actora, al Régimen de Ahorro Individual, administrado por PROTECCIÓN y posteriormente, por PORVENIR S.A.; **(ii) Que se declare** que PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN, deben asumir con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez de la Señora DORIS YACUMAL CHAMIZO, por los gastos de administración en que hubiere incurrido; **(iii) que se declare y condene a** PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E., los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales, y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieran causado; y **(iv) Que se condene** en costas a las demandadas.

Como **fundamentos facticos relevantes sostuvo**, se encontraba afiliada al RPM administrado por el ISS, de marzo de 1989 a octubre de 1995; se trasladó a PROTECCIÓN desde octubre de 1995 hasta noviembre de 1999, y posteriormente, a PORVENIR S.A., desde diciembre de 1999 hasta la fecha.

Agrega, las afiliaciones a PROTECCIÓN y PORVENIR S.A, se realizaron cuando asesores de las entidades administradoras, visitaron las instalaciones de HOSPITAL SUSANA LÓPEZ respectivamente y le ofrecieron unas condiciones presuntamente más favorables para obtener la pensión de vejez, pero aduce que la indujeron en error, pues omitieron información adecuada, suficiente y cierta, para que la decisión tomada por la actora hubiese sido verdaderamente libre y espontánea.

Que existe una diferencia entre el valor de las dos mesadas pensionales, en una y otra administradora, lo que denota el engaño del que fue objeto la señora DORIS YACUMAL CHAMIZO, por parte de los asesores.

Por último, señala que presentó solicitudes de traslado de régimen e ineficacia de traslado, respectivamente, ante las demandadas, pero obtuvo respuestas negativas. (Archivo No. 02, expediente digital de 1ra instancia).

2.2. Contestación de la demandada PROTECCIÓN

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderado judicial, se **opone a todas las pretensiones** y al responder a los hechos, aceptó que la demandante solicitó afiliación a PROTECCIÓN en el año 1995, donde permaneció hasta el año 1999, y posteriormente, solicitó traslado a la AFP HORIZONTE.

Señaló que en la época de la afiliación, a la actora se le brindó una asesoría absoluta, profesional y verdadera; que la solicitud de traslado que efectuó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., se hizo conforme a los requisitos exigidos, remitiéndose a la AFP HORIZONTE, los dineros correspondientes a la cuenta de ahorro individual de la actora, y resaltando que la demandante no

presenta aportes pendientes por devolver por parte de PROTECCIÓN.

Propuso como excepciones de mérito: “falta de causa en las pretensiones de la demanda”, “carencia de acción y ausencia de derecho”, “inexistencia de las obligaciones demandadas respecto de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.”, “cobro de lo no debido”, “buena fe”, “inexistencia de vicio del consentimiento que pudo inducir a error en la afiliación del demandante inicialmente a la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A., que traiga como consecuencia la anulación de esa afiliación” y “prescripción” (Archivo No. 10, págs. 2 a 6, expediente digital de 1ra instancia).

2.3. Contestación de PORVENIR S.A.

Por intermedio de apoderada judicial, **se opuso a todas y cada una de las pretensiones**, para lo cual acepta que la demandante se encuentra afiliada a PORVENIR S.A., a partir del 1 de diciembre de 1999 y a partir del 1 de diciembre de 2014, PORVENIR S.A. asumió por cesión, los afiliados de la AFP HORIZONTE.

Argumenta, la actora es una persona capaz, quien manifestó de forma libre y voluntaria su decisión de traslado de administradora dentro del RAIS, al momento de la suscripción del formulario de vinculación, dispuesto para tal fin; que al momento de la afiliación, la demandante recibió una asesoría integral, conforme a las normas vigentes para la época, y que, solo hasta la expedición de la circular 016 de 2016, surgió para las AFP la obligación de guardar soportes documentales. Además, se opuso al traslado de primas de seguros previsionales y comisión de administración.

Propuso como excepciones de mérito, las que denominó: “prescripción”, “falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas”, “buena fe”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación”, “prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo”, “innominada o genérica”, “inexistencia de algún vicio del

consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones” y “debida asesoría del fondo”. (Archivo No. 12, págs. 2-22, expediente digital de 1ra instancia).

2.4. Contestación de la demandada COLPENSIONES

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio se **opone a todas las pretensiones**, al considerar, es un tercero de buena fe que no participó en el acto jurídico de traslado que en su momento efectuó la demandante; que el traslado se realizó de manera libre, informada y consiente; que el deber de información ha tenido varias etapas y para el momento del traslado, correspondía a lo preceptuado en el D. 663 de 1993, y estima que, el alcance de la asesoría que se debió brindar al momento de la afiliación, debe ser valorada bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado.

Que, en el evento de declararse la ineficacia del traslado, se debe trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, para garantizar el financiamiento de la respectiva prestación, en los que se incluyan los recursos cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, así como asumir la merma en el capital destinado a la financiación de la prestación - gastos de administración. Las anteriores sumas, debidamente indexadas

Además, como solicitud especial, deprecó: **i)** se ordene que La AFP PORVENIR S.A, normalice la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones - SIFP; y **ii)** La devolución de los aportes a COLPENSIONES, con la respectiva entrega del archivo y detalle de aportes realizados, durante la vinculación con la AFP demandada.

Propuso como excepciones de fondo: *“inexistencia de la obligación”, “indebida interpretación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional”, “inexistencia de vicio en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante que traiga como consecuencia la ineficacia o invalidez de la misma”, “imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en*

los negocios jurídicos”, “buena fe”, “La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES”, “prescripción”, “responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social”, “juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado”, “improcedencia del cobro de costas a Colpensiones”, “improcedencia de la declaración de ineficacia y/o nulidad de traslado en casos en que el actor se encuentre pensionado” e “innominada o genérica” (Archivo No. 13, págs. 2-30, expediente digital de 1ra instancia).

2.5. Decisión de Primera Instancia

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento, concentrada, el día catorce (14) de febrero de dos mil veintidós (2022), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar SENTENCIA, en la cual resolvió: **i) DECLARAR** la ineficacia del traslado al RAIS, que se atribuye a la señora DORIS YACUMAL CHAMIZO, inicialmente a partir del 26 de septiembre de 1995, a través de PROTECCIÓN S.A., y su posterior traslado a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., a partir del 8 octubre de 1999, ante la ausencia de un consentimiento libre, voluntario e informado, en la escogencia el Régimen de Ahorro Individual; **(ii) DECLARAR** que la demandante siempre conservó su derecho a permanecer en el RPMPD hoy administrado por COLPENSIONES, y en consecuencia, **iii) CONDENAR** a PORVENIR S.A., cómo última administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiese recibido con motivos de traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, 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, advirtiendo que tales valores deberán ser recibidos por COLPENSIONES; **iv) NEGAR** la excepción de prescripción propuesta y **v) CONDENAR** en costas a las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR S.A. Sin costas respecto de COLPENSIONES.

TESIS DEL JUEZ: Hizo referencia a criterios legales y jurisprudenciales, en torno a la materia y valorado el material probatorio, encontró acreditado el traslado de la demandante al

RAIS, inicialmente a través de PROTECCIÓN S.A., a partir del 26 de septiembre de 1995, y posteriormente a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., a partir del 8 de octubre de 1999.

Argumentó, en este caso no existe prueba de que las administradoras de fondos de pensiones que llevaron a cabo en su momento el traslado, hubiesen agotado en legal forma el deber de una información clara y suficiente, y que el interrogatorio de parte llevado a cabo, no evidencia prueba de confesión en tal sentido.

Concluyó, de acuerdo con los reiterados lineamientos de la jurisprudencia laboral, el traslado inicial que se atribuye a la demandante a PROTECCIÓN, y el posterior a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., son ineficaces, es decir nunca produjeron efectos.

Además, la declaración de ineficacia impide que pueda aplicarse todo término prescriptivo, cómo quiera que el acto nunca produjo efectos y la accionante puede retornar el RPMPD hoy administrado por COLPENSIONES, condenando a Porvenir S.A., cómo última administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiese recibido, con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, bonos pensionales si es del caso, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado.

2.6. RECURSO DE APELACIÓN DE PORVENIR S.A

Presenta su única inconformidad por la condena a “... **...devolver gastos por administración... ..**” al considerar “... *... que existen prestaciones que por su naturaleza no pueden retrotraerse y esto constituye un límite o excepción a los efectos retroactivos de la declaratoria de ineficacia, la **condena a cargo de PORVENIR S.A, de devolver los dineros correspondientes a gastos de administración, desconoce las reglas existentes en materia de restituciones mutuas y el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa.***

En efecto, el régimen de las restituciones mutuas tiene como objetivo fundamental, que los traslados patrimoniales, que quedan sin justificación por la declaratoria de ineficacia del acto

jurídico, sean devueltos a las partes que los originaron, de tal forma que se les ponga las circunstancias en que éste se encontraría, si éste no hubiese tenido lugar.

Si bien, esa restitución no ofrece mayor complejidad, cuando el traslado es patrimonial y versa sobre bienes transmisibles, no ocurre lo mismo cuando se refiere a prestaciones que es inviable retrotraer, particularmente, como es el caso de las gestiones de administración de los recursos de los afiliados.

En efecto, se encuentra a cargo de las sociedades administradoras de los fondos de pensiones y cesantías como PORVENIR, las obligaciones previstas en el artículo 14 del decreto 656 de 1994, en las que se destacan las de invertir los recursos del sistema, garantizar una rentabilidad mínima y prestar una asesoría; éstas corresponden a obligaciones de hacer, que reciben como contraprestación la comisión de administración sobre los aportes obligatorios y que generan un beneficio para el afiliado, pues los rendimientos de las inversiones realizadas por las administradoras entran a formar parte del capital con que se financian las prestaciones a favor de los mismos afiliados.

Sobre el particular, conviene destacar que cuando se trata de prestaciones de hacer, distintas a las de entregar cosas, o de no hacer; la regla general es que lo ejecutado no es susceptible de retrotraerse, debido a que no es posible eliminar un comportamiento humano como si éste nunca se hubiese presentado, lo propio sucede con los contratos de tracto sucesivo, respecto de los cuales la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que por la terminación judicial pierde el contrato su fuerza para lo futuro, más queda en pie los efectos hasta ese entonces surtidos.

Adicionalmente, se debe tener presente que hay un doble fundamento que subyace a la regla de las restituciones mutuas, por un lado la equidad y por el otro la prevención del enriquecimiento sin causa; en este orden de ideas, la ineficacia del negocio jurídico genera como consecuencia principal: el derecho de las partes a ser restituidas al estado en el que estaría si el negocio nunca se hubiere celebrado, es decir, produce efectos retroactivos, esto implica en los casos en que las partes han ejecutado una parte de las prestaciones que tenía como fuente el negocio ineficaz, que habrá de lugar a que cada una reciba de regreso lo que haya dado o entregado en cumplimiento del negocio. Lo anterior siempre

y cuando se trate de prestaciones susceptibles de retrotraerse, lo que excluye, como se ha manifestado, la hipótesis en las que se han ejecutado prestaciones de hacer o de no hacer, y los contratos de tracto sucesivo, y los que ya se ejecutó a una parte.

En estos últimos supuestos, quien satisfizo su obligación, tiene derecho a conservar la prestación correlativa que haya recibido como contrapartida; **admitir lo contrario, esto es, imponer a la parte que se ha venido beneficiando de una labor propia del sistema general de pensiones, en el que en este caso digamos, se ha venido beneficiando de las labores de inversión, que ha que ha venido realizando la administradora de pensiones, en pro de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, pues generaría un enriquecimiento sin causa para el demandante y un empobrecimiento para PORVENIR SA, quien ha efectuado por un lapso de tiempo bastante considerable, todas esas labores de inversión diarias, para lograr que esos dineros puedan tener rendimientos.**

Así las cosas, **al ordenar como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, que se restituyan los valores que cobraron los fondos privados como PORVENIR S.A., a título de cuotas de administración, se desconocen las reglas sobre las restituciones mutuas reguladas en el artículo 1746 del Código Civil, pues a pesar de que PORVENIR S.A., ejecutó cabalmente sus obligaciones y en tal virtud generó una rentabilidad a favor de la afiliada, aquellas gestiones se dejan sin la correlativa compensación a la que tiene derecho la entidad.**

Así pues, al resultar imposible retrotraer los efectos de las labores de administración desarrolladas por PORVENIR S.A. y que ya se encuentran consolidadas, no es procedente ordenar la restitución de sumas percibidas por ese concepto, pues con ello se estaría quebrantando el equilibrio por el que se debe propender en 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 para la otra, 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 administradoras de fondos de pensiones y cesantías, y su derecho a percibir una remuneración, para lo que incluso estableció en la misma ley el porcentaje de cotización que se puede destinar para cubrir esos gastos de administración, artículo 20 ley 100 de 1993.***

Desde esa perspectiva, una adecuada aplicación de las reglas sobre las restituciones mutuas, supondría respetar los efectos consolidados y que no pueden retrotraer por su propia naturaleza, como ocurre con la ejecución de las obligaciones de hacer, que implica que la prestación correlativa a aquella, tampoco pueda restituirse, pues de lo contrario, se estaría generando un enriquecimiento injustificado, en cabeza de una de las partes.

*En ese orden de ideas, **los gastos de administración no constituyen un detrimento al patrimonio del afiliado**, en efecto cuando el legislador impuso a las sociedades administradoras de los fondos de pensiones, las obligaciones consagradas en el artículo 14 del decreto 656 de 1994, fue precisamente con la finalidad de lograr objetivos como salvaguardar el patrimonio del afiliado para que éste sirva el cumplimiento de la finalidad perseguida dentro del régimen pensional, esto es, servir para la financiación de la pensión de vejez.*

Desde esa perspectiva, resulta alejado del funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual, considerar como un deterioro al patrimonio del afiliado la erogación correspondiente a los dineros que se destinarían para cubrir los costos en los que incurrió la administradora para desarrollar las actividades tendientes al cumplimiento de sus obligaciones, como es la de administrar esos recursos; a esto debe agregarse que, el afiliado también hubiese tenido que incurrir en esos gastos de administración de haber permanecido en el régimen de prima media, pues el legislador estableció para ambos regímenes que el 3% de los dineros depositados o cotizados se destinarán a cubrir esos gastos de administración, esto impide considerar que los cobros por administración, a la luz de las reglas del

Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, puedan considerarse como un deterioro al patrimonio del afiliado pues lo cierto es que, esos dineros tampoco se hubiesen ingresado como parte de sus aportes para la financiación de la pensión de vejez en el régimen de prima media”

2.6.2. RECURSO DE APELACIÓN DE COLPENSIONES

Manifiesta como oposición principal, la declaratoria de ineficacia del traslado, al considerar “... ..en primera medida se tiene que durante el debate probatorio no se logró demostrar claridad por parte del fondo privado, al momento de realizarse el traslado de régimen, **posteriormente la firma del voluntario, la firma del formulario de afiliación (ininteligible) interrogatorio de parte que se practicó a la demandante se logró colegir que firmó el formulario de afiliación porque le dijeron que se iba a extinguir o que se había acabado en su momento, como lo indica, CAJANAL.**

Además, es importante indicar que no se configuran los elementos que permitan que la demandante pueda volver a ser parte del régimen de prima media administrado por mi representada, ya que la implicancia del traslado se basa en una indebida o insuficiente información por parte del fondo privado y a su vez, un supuesto engaño, en el caso en concreto se evidencia es una variación salarial que conlleva una variación en el monto pensional como lo indicaron en su momento.

En igual sentido, es menester manifestar que la demandante conocía de primera mano lo indicado y que como se presentó en la contestación de la demanda, **ya la Corte Suprema de Justicia, en sentencia ya mencionada, indicó que, hay ciertas actuaciones que conllevan a que la persona exprese su voluntad de permanecer en el fondo de pensiones, de la misma manera señor juez, cómo quedó sustentado en los alegatos de conclusión, no existió vicio en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante, que generará la ineficacia aquí descrita.** Se puede traer a colación los artículos del Código Civil artículo 1509 o mejor el del 1502 al 1509.

Su señoría, existe imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos, de acuerdo al decreto 2241 del 2010, tal y como quedó sentado su señoría en los alegatos de conclusión, de la misma manera, tal y como lo establece el artículo 1604 del Código Civil Colombiano.

Por tal motivo y con base a lo descrito, y de la misma manera con base a las excepciones descritas en la contestación de la demanda y que fueron objeto de alegatos de conclusión, solicito o mejor le endilgo a la sentencia que se acaba de notificar un error de hecho y de derecho, y por tal motivo con el respeto acostumbrado solicito al Honorable Tribunal, tenga en cuenta estos este sustento de este recurso de alzada, para que revoque la sentencia y absuelva a mi representada para recibir, o mejor a declarar la ineficacia del traslado.”

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

i) La apoderada de la parte demandante, se ratificó en los alegatos de conclusión presentados en primera instancia (archivo No. 10, expediente digital 2da instancia).

ii) El apoderado judicial de Colpensiones solicitó, se declaren probadas las excepciones de fondo propuestas con la contestación, se revoque la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, se dé por terminado el proceso, condenándose en costas a la contraparte, con fundamento en similares argumentos expuestos en el recurso de apelación y sólo agrega, la carga dinámica de la prueba no puede aplicarse en forma genérica, sin atender las situaciones particulares de cada caso y en este caso se invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga

exclusivamente en una de las partes, sin que exista esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

Por último, resaltó, existe una afectación al sistema pensional y, en caso de que el afiliado al RAIS haya consolidado su derecho pensional y tenga la calidad de pensionado, no podrá volver al RPMPD administrado por Colpensiones, a pesar de que se logre demostrar que recibió una información errada, esto al ser una situación jurídica consolidada, que no es razonable revertir o retrotraer. (archivo No.13, expediente digital 2da instancia).

iii) Los apoderados de las demandadas Porvenir S.A. y Protección, no allegaron escrito de alegatos de conclusión en esta instancia (archivo No. 14 expediente digital de 2da instancia).

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

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

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

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

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

El funcionario judicial que conoció del asunto es el

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

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

5. ASUNTOS POR RESOLVER

Acorde con los recursos de apelación y para responder al grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala Laboral resuelve los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS**:

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

Como asuntos asociados, se analizan los temas alegados sobre (i) las consecuencias jurídicas de la permanencia de la demandante en el RAIS, (ii) la carga de la prueba y (iii) la sostenibilidad financiera del RPM.

5.2. De ser procedente la declaración de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, en respuesta al tema sustentado en la apelación por parte de PORVENIR S.A. y en virtud del 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 también al RPM, los gastos de administración con su respectiva indexación, las primas de seguros previsionales, las cotizaciones con destino al fondo de garantía de la pensión mínima y las sumas adicionales de la aseguradora?

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 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; no obstante, es necesario adicionar el ordinal cuarto de la resolutive de la decisión de primera instancia, para ordenar a PORVENIR S.A. que normalice la afiliación de la demandante en el RPM y proceda también a entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes de la actora, 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:

6.1. El legislador, en ejercicio de su potestad de configuración y en desarrollo del artículo 48 de la Carta, por medio del artículo 12 de la Ley 100 de 1993, diseñó un sistema de seguridad social en pensiones tendiente a brindar protección a todos sus afiliados y a su grupo familiar ante las contingencias de invalidez, vejez o muerte, a través de dos regímenes excluyentes, regidos por el principio de la solidaridad:

(i) El régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones.

(ii) El sistema de ahorro individual con solidaridad, bajo la tutela de las Administradoras de pensiones privadas.

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

En este régimen, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen “*un fondo común de naturaleza pública*”, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de

administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley¹. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

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

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

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

(... ...)

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

(... ...)

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

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

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

6.5. Por medio del artículo 60 de la Ley 100/93, se regula las características del régimen pensional RAIS, y en lo que interesa, se resalta lo dispuesto en el literal c, en su versión original, atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 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 100/93, se disponen las sanciones, en el evento del incumplimiento de las reglas sobre libre escogencia del régimen pensional que le asiste al trabajador, o cuando ***“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa...”***

Y, además, expresamente se dispone que

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

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

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las

condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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 las contestaciones a la demanda por las entidades demandadas y el interrogatorio de parte rendido por la actora, se obtienen los siguientes hechos probados:

6.11.1. La demandante estuvo cotizando para pensiones a CAJANAL, por cuenta del empleador HOSPITAL SUSANA LÓPEZ DE VALENCIA E.S.E., en el periodo comprendido del 15 de agosto de 1989 al 30 de septiembre de 1995, contando con un total de 319.7 semanas cotizadas al RPM en dicho lapso (Ver archivo No. 12, págs. 30-47, y ver carpeta titulada: “14AnexoExpedienteAdministrativo”, archivo PDF denominado: “GJR-NOT-AF-2019_3069782-20190307100514”, pág. 20, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.2. Está probado con la respuesta a los hechos 1 y 2 de la demanda por PROTECCIÓN, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES

E.I.C.E., respectivamente, con el historial de vinculaciones de ASOFONDOS y con la solicitud de vinculación, radicada ante PROTECCIÓN el 26 de septiembre de 1995, que la señora DORIS YACUMAL CHAMIZO se trasladó del régimen de prima media, administrado hoy por COLPENSIONES, al de ahorro individual, ante PROTECCIÓN S.A., con fecha de inicio de efectividad desde el 1 de octubre de 1995 (archivo No. 03, pág. 28, archivos No. 10, y 13, y archivo No. 12, págs. 2-22 y 70; expediente digital de 1ra instancia).

6.11.3. Está probado con el formato de solicitud de vinculación de fecha 08 de octubre de 1999, diligenciado ante HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y con el historial de vinculaciones de ASOFONDOS; que la demandante se trasladó de PROTECCIÓN a la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con fecha de inicio de efectividad EL 1 de diciembre de 1999; y además, el 1 de enero de 2014, se produjo la cesión por fusión, entre HORIZONTE y PORVENIR S.A., encontrándose actualmente afiliada la actora a esta última AFP. (Archivos No. 3, pág. 25 y archivo No. 12, pág. 70; expediente digital de 1ra instancia)

6.11.4. Según la historia laboral de la demandante, expedida por PORVENIR S.A., la actora cuenta con 203.8 semanas cotizadas a PROTECCIÓN, en el periodo comprendido de octubre de 1995 a noviembre de 1999; y 1.078,8 semanas cotizadas a PORVENIR S.A., desde diciembre de 1999; para un gran total de 1.602 semanas cotizadas a seguridad social en pensión (archivo No. 12, págs. 30 a 47, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.5. Además, se observa que PROTECCIÓN S.A. trasladó los aportes de la actora a PORVENIR S.A., según constancia de traslado de aportes visible en el archivo No. 03, págs. 29-39, expediente digital de 1ra instancia, sin que se observe oposición alguna al respecto, por parte de PORVENIR S.A.

6.11.6. En su interrogatorio de parte, la demandante señaló que, para septiembre de 1995, trabajaba como operaria de servicios generales del Hospital Susana López; que no se le suministró ninguna información al momento del traslado, ni se le explicaron ventajas y desventajas de cada régimen, y que no recuerda haber firmado ningún otro documento, distinto al de HORIZONTE. Por

último, indica que la razón de solicitar la ineficacia del traslado, es porque se ve afectada económicamente.

6.12. CONCLUSIONES:

1. Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados y las contestaciones de la demanda, aparece debidamente probado, en el momento del traslado al RAIS, con fecha de solicitud del 26 de septiembre de 1995 y fecha de efectividad, 1 de octubre de 1995, la demandante se encontraba afiliada al régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES, pues la actora cuenta con cotizaciones a CAJANAL, en el periodo comprendido del 15 de agosto de 1989 al 30 de septiembre de 1995, para un total de 319.7 semanas cotizadas; es decir, la actora 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 la 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, así como el interrogatorio de parte rendido por la demandante, esta Sala concluye, la pasiva PROTECCIÓN S.A., estando obligada, no demostró en el proceso que, en el año 1995, cuando se suscribió solicitud de traslado, le hubiese dado a conocer a la demandante en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, de las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, y con tal conducta procesal, cabe predicar que la demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable; ya que si se le explica desde el principio el manejo de la cuenta individual, que los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado, los factores que inciden en el monto de la pensión; la persona tiene una información precisa, con la cual puede deducir si acepta, o no, el traslado.

Este deber de información clara y completa de los dos regímenes, sí estaba vigente para la fecha del traslado, en octubre de 1995, cuando se dio la afiliación efectiva a PROTECCIÓN, 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).

Y para responder a uno de los argumentos de la apelación de Colpensiones, en el presente caso no se invirtió de manera irregular la carga de la prueba respecto de las ARP demandadas, porque son las obligadas a probar que efectivamente cumplieron con su deber legal de información y asesoría en debida forma a la actora, al momento y antes de que se formalizara el negocio jurídico de traslado de régimen pensional.

3. La consecuencia jurídica de la falta de prueba del cumplimiento de este deber legal de la entrega de la debida información y asesoría, 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. La Sala no acoge los alegatos sobre la inexistencia de vicios en el consentimiento de la actora, porque con la sola firma del formulario, no se prueba la elección libre y voluntaria del traslado y tampoco son indicios serios de tal conducta, el hecho de que la demandante no sea lega, o el haberse trasladado entre administradoras del RAIS (de PROTECCIÓN a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., en el año 1999) e incluso, haber permanecido en el RAIS por amplio tiempo y no haber solicitado información y proyección de la pensión; toda vez que, se reitera, con la sola firma de la actora en el formulario de afiliación 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 indicios alegados, no constituyen prueba idónea del cumplimiento de este deber legal que tenía PROTECCIÓN S.A., por ser la AFP con la cual se dio el traslado del RPM al RAIS, en el año 1995.

5. 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. Por otro lado, revisado el expediente en su totalidad, no se observa que la actora sea acreedora de una pensión de vejez, actualmente reconocida por el RAIS, incluso, según respuesta de PORVENIR S.A. (AFP a la que se encuentra actualmente afiliada la actora) a requerimiento del *A quo*, se constata que la actora no ha elevado solicitud para reconocimiento y pago de una pensión de vejez (Archivos No. 28 y 31, expediente digital de 1ra instancia), razón por la cual, Considera la Sala, en este caso, dando aplicación a la línea argumentativa de la CSJ-SCL, es viable retrotraer la situación de la afiliada, al estado anterior a su traslado del RPMPD al RAIS, toda vez que, no se le ha reconocido prestación pensional alguna por parte del RAIS, y en tal sentido, PORVENIR S.A. (como actual administradora del RAIS de la actora), únicamente debe retornar los conceptos que obren en la cuenta de ahorro individual de la actora a COLPENSIONES E.I.C.E., sin que exista una afectación a terceros o un desmedro para el capital de la demandante, o para la sostenibilidad financiera del sistema (Al respecto pueden verse las sentencias de la CSJ-SCL: SL373 de 2021, SL3136-2022 y SL3329-2022).

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

Sin embargo, atendiendo a la petición especial que elevó COLPENSIONES en su escrito de contestación a la demanda (archivo No. 13, pág. 7, expediente digital de 1ra instancia), en sede de consulta, es procedente adicionar el ordinal segundo de la resolutive de la decisión de primera instancia, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. que normalice la afiliación de la

demandante en el sistema que corresponda, y proceda también a entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes de la actora, conforme se petitionó por la administradora del RPMPD, ya que dicho pedimento no fue objeto de pronunciamiento por el *A quo*.

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

Tesis de la Sala: Resulta procedente confirmar la sentencia de primera instancia que ordenó la devolución de las comisiones cobradas por la administración de la cuenta individual, porque de no hacerlo, se produce una desmejora en el capital que va a recibir Colpensiones para financiar la pensión del actor y de paso, se produce un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

Así mismo, 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.

Respecto a la condena a la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, se modificará la sentencia impugnada y consultada, aclarando que tal devolución sólo procede en el evento en que se hayan causado.

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

7.1. En relación con los gastos de administración ordenados en la sentencia de primera instancia y a fin de dar respuesta a la apelación por parte de PORVENIR S.A., que de manera expresa solicita se le exima de la devolución, La Sala no avala tal pedimento por las siguientes razones:

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

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

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

“También se ha dicho por la Sala que una vez se declara la ineficacia, debe la administradora de pensiones trasladar a Colpensiones, en este caso Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías, además del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración debidamente indexados, puesto que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por

el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

En consecuencia, no es viable lo pretendido por PORVENIR S.A. en su recurso de apelación, pues la ineficacia del traslado, deriva en la obligatoriedad de ordenar la devolución de cotizaciones, rendimientos, y gastos de administración, entre otros, amparado en la premisa que, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ-SCL, SL4360-2019).

Por lo expuesto, se confirma la decisión de primera instancia, adicionando lo referente a la indexación de los valores descontados por los gastos de administración, con el fin de que conserven su valor actualizado al momento de su devolución, conforme a la jurisprudencia en cita, ello en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de COLPENSIONES.

7.2. En punto a la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR S.A., para la adquisición de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, en sede de consulta, la Sala encuentra procedente ordenar su devolución, pues son valores que hacen parte de la cotización y su devolución surge dentro de los efectos de la ineficacia del traslado, como figura jurídica que obliga a que las cosas vuelvan al estado

anterior, como si nunca hubieran existido y por eso es que la Corte Suprema de Justicia, a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

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

Lo anterior también, porque el valor de las pólizas de seguro se saca del 3% de la cotización, destinado para el pago de las mismas y los gastos de administración, pero nunca de la cuenta individual del afiliado y conforme lo dispone el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el Régimen de Ahorro Individual comprende el conjunto de entidades, normas y procedimientos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, los cuales están a cargo de PORVENIR S.A., independientemente de cómo se financien, que en el caso de la pensión de sobrevivientes y de invalidez, se financian con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional, el bono pensional (si a ello hubiere lugar) y la suma adicional, que estará a cargo de la aseguradora.

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

procedente, por lo que también, por falta de prueba es imposible que no prospere lo referente a la devolución de las primas del seguro previsional, que como ya se dijo, se entienden incluidas en la devolución de la cotización completa al RPM.

En todo caso, en sede de consulta, se adiciona la sentencia apelada y consultada en este aspecto.

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

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

Entonces, como la ineficacia comporta el desconocimiento de los efectos jurídicos del acto de traslado desde el mismo momento en que aquél pretendió materializarse, siendo consecuencia obligada la devolución de la cotización completa, aunque en su momento la misma haya sido distribuida en la forma indicada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, así como también los rendimientos financieros causados en vigencia de la afiliación efectuada de manera irregular, como quiera que de no haberse presentado, en el RPM la cotización también habría obtenido rendimientos. Se habrá de adicionar la parte resolutive de la

sentencia apelada, en el sentido de indicar que también será objeto de devolución por parte de la AFP PORVENIR S.A., las sumas que haya descontado con destino a la garantía de pensión mínima, de las cotizaciones obligatorias que, mes a mes recibió a nombre del demandante, en tanto se trata de un rubro que en la actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada.

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

Ahora bien, en virtud del artículo 63 de la Ley 100 de 1993, el rubro denominado “sumas adicionales de la aseguradora” no hace parte de la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado. Tampoco constituye un capital que se encuentre a cargo de las AFP’s. Ello por cuanto de la revisión de artículos 70 y 77 ibidem, lo que se observa es que se trata de un valor que debe correr por cuenta de la aseguradora con la que la AFP haya suscrito el seguro previsional. Lo anterior, en el evento en que no exista en la cuenta de ahorro individual el capital suficiente para financiar el pago de la pensión de invalidez o sobrevivientes, según sea el caso.

Luego entonces, como en el sub lite no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, sino simplemente determinar los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, las sumas adicionales de la aseguradora, única y exclusivamente si dicho rubro se hubiere causado.”

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

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verifica si procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha del traslado y la presentación de la demanda, transcurrió más de tres años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción de nulidad, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 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 No. 67972, y SL1440-2021.

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

demandante del RPM al RAIS; resaltándose que de ser afectada la acción que busca restablecer los derechos conculcados con el fenómeno de la prescripción, transgrede directamente derechos mínimos e irrenunciables de la demandante, relacionados con la seguridad social y ligados a la pensión de vejez.

9. COSTAS

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

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

10. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: SE ADICIONA el ordinal SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia del catorce (14) de febrero 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 de la demandante en el RPM y proceda también a entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes de la actora, según lo motivado en esta providencia.

SEGUNDO: SE ADICIONA el ordinal SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia del catorce (14) de febrero 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 los gastos de administración

indexados, las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales, las sumas depositadas en el fondo de garantía de la pensión mínima y la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, siempre que se hayan causado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SE CONDENA en costas de segunda instancia a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES E.I.C.E., respectivamente, a favor de la demandante, de conformidad con la motivación de esta providencia.

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

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

Los Magistrados,


Firma válida
providencia judicial
LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO PONENTE

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO


Firma válida
providencia judicial
CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL


Firma válida
providencia judicial
CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL