

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
POPAYÁN-SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, veintiséis (26) de febrero de dos mil veinticuatro
(2024)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUZ ELY JIMÉNEZ URREA
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. 2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICADO	19-001-31-05-003-2020-00043-01
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 DE LA ACTORA EN EL SISTEMA, REMITIR ARCHIVO Y DETALLE DE COTIZACIONES Y SE REMITA TAMBIÉN LA HISTORIA LABORAL ACTUALIZADA

	DE LA ACTORA. -ADEMÁS, SÓLO PROCEDE LA INDEXACIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, APORTES AL FONDO DE PENSIÓN MÍNIMA Y PRIMAS DE SEGUROS PREVISIONALES. -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 las apoderadas judiciales de la parte demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., respectivamente y a su vez, el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES E.I.C.E.**, contra la Sentencia No. 07 del quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida en primera instancia por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

3. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende la demandante: **(i) Que se declare** la ineficacia del traslado de la actora del RPM al RAIS, administrado por PORVENIR S.A., realizado el 01 de agosto de 2005; **(ii) Que, en virtud del regreso automático de la demandante al RPM**, hoy administrado por COLPENSIONES E.I.C.E., se condene a PORVENIR S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado; **(iii) Condenar** a las entidades demandadas en costas y agencias en derecho y **(iv) Condenar** a las entidades demandadas

a lo que resulte probado en el proceso, de conformidad con las facultades *ultra y extra petita*.

Como **fundamentos facticos relevantes sostuvo**, que nació el 08 de julio de 1967 y se afilió al RPM el 01 de junio de 1994, cotizando un total de 126 semanas; que se trasladó al RAIS, a través de la suscripción del formulario con PORVENIR S.A., efectivo a partir del 1° de agosto de 2005, indicando que dicha entidad no le informó los efectos del traslado, ni le hizo proyección alguna acerca del capital necesario para pensionarse, ni sobre las condiciones en que se pensionaría.

Señala que, teniendo en cuenta el tiempo cotizado al RPM y al RAIS, acredita un total de 738 semanas, en toda su vida laboral.

Por último, indica que el 27 de enero de 2020, radicó petición ante COLPENSIONES, para que se declarara ineficaz el traslado al RAIS, y le fue negada a través de respuesta del 28 de enero de 2020. Además, elevó similar petición ante PORVENIR el 29 de enero de 2020, pero se le negó lo reclamado, mediante respuesta del 31 de enero de 2020 (Archivo No. 03, expediente digital de 1ra instancia).

2.2. Contestación de la demanda por COLPENSIONES E.I.C.E.

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderada judicial y luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, se **opone a todas las pretensiones**, al considerar que, en el expediente no se constata que se haya brindado una indebida asesoría, además de encontrarse prescrita la acción correspondiente.

En cuanto a los hechos, señala que, de acuerdo con el historial laboral que obra en el expediente, la demandante ha cotizado al RPM un total de 126 semanas y que, que el traslado se dio a partir del 1° de agosto de 2005, pues así lo informa la certificación de COLPENSIONES, del 5 de junio de 2019 y la simulación pensional del 24 de enero de 2020, que obra en el expediente.

Finalmente, solicita, como petición especial también, que la AFP PORVENIR S.A., normalice la afiliación en el Sistema de

Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIFP (Anulación a través de Mantis), proceda a hacer la devolución de los 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 aporte la historia laboral de la actora, debidamente actualizada.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó: (I) *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;* (II) *Carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica;* (III) *Errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C.;* (IV) *Cobro de lo no debido-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;* (V) *Indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales - vulneración del principio de la confianza legítima;* (VI) *Inoponibilidad por ser tercero de buena fe;* (VII) *Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en caso de ineficacia del traslado de régimen y* (VIII) *Prescripción* (Archivo No. 10, expediente digital de 1ra instancia).

2.3. Contestación de la demandada PORVENIR S.A.

Mediante auto interlocutorio No. 110 del 02 de febrero de 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, Cauca, tuvo por no contestada la demanda por parte de PORVENIR S.A., aduciendo que, pese a ser notificada por correo electrónico, la entidad guardó silencio (Archivo No. 14, expediente digital de 1ra 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 quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar sentencia No. 07, en la

cual resolvió: **i) DECLARAR** la INEFICACIA de la afiliación en pensiones de la demandante a PORVENIR S.A., de fecha 01 de agosto de 2005; **(ii) DECLARAR** que la demandante nunca se trasladó al RAIS, 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 de la demandante, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a 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 de la actora por concepto de gastos de administración indexados, 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 COLPENSIONES que reciba los valores trasladados por PORVENIR S.A.; **v) DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de fondo propuestas por las demandada COLPENSIONES y **vi) CONDENAR** en costas a la AFP PORVENIR S.A.

TESIS DEL JUEZ: Encontró acreditado, la demandante se encontraba vinculada al RPM, donde cotizó 126 semanas y efectuó traslado desde el RPM al RAIS por medio de la AFP Porvenir, efectivo desde el 1° de agosto de 2005, conforme a las pruebas obrantes y lo manifestado en la demanda, sin que fuere objeto de ninguna observación por parte de las entidades demandadas.

Sostiene, además, Colpensiones le negó a la parte actora la solicitud de su regreso al RPM e insiste en que, antes de su traslado a porvenir, la actora estuvo vinculada al RPM, administrado por el Seguro Social y Colpensiones.

A su vez, conforme a la historia laboral expedida por Porvenir y que obra en el expediente, concluye, el estado de la parte actora es de afiliada en dicho fondo, sin que se reporte que se le haya reconocido la pensión de vejez.

Bajo tales circunstancias y de conformidad con la jurisprudencia, indica que, la presente acción no es susceptible de ser afectada con el fenómeno de la prescripción.

A su vez, agrega que, dada la carga de la prueba, que según la jurisprudencia aplicable recae en el fondo demandado, en este caso no se comprobó que la entidad hubiera suministrado una 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, generándose entonces la consecuencia jurídica plasmada en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, en el sentido de quedar sin efecto la afiliación de la demandante en Porvenir, que fuera suscrita el 1° de agosto de 2005 y por tanto, la demandante siempre permaneció en el RPM.

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

De igual manera ordenó el traslado a Colpensiones de todas las sumas de dinero descontadas por parte de porvenir S.A., de la cuenta de ahorro individual de la demandante, por concepto de gastos de administración debidamente indexados, 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.

Por lo expuesto, tuvo como no probadas las excepciones formuladas por la demandada Colpensiones.

Finalmente, condenó en costas a PORVENIR S.A y no impuso costas a cargo de COLPENSIONES, en tanto sus actuaciones no han dado lugar al presente proceso.

2.5. RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR COLPENSIONES E.I.C.E.

La demandada COLPENSIONES E.I.C.E., por intermedio de su apoderada judicial, presentó recurso de apelación contra la

sentencia de primera instancia, respecto de las siguientes decisiones:

1. “... ..solicitamos de manera respetuosa adicionar el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de ordenar a la AFP accionada que además de trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores y suma generadas como consecuencia de la afiliación de la demandante al RAIS, también se traslade lo atinente a las sumas adicionales de la aseguradora, en caso de que éstas se hubiesen causado, teniendo en cuenta para estos efectos, el precedente de la honorable Corte Suprema de Justicia y de esta manera proteger el equilibrio financiero de la entidad, que finalmente será quien tendrá que reconocer la pensión de la actora en el régimen de prima media.

Para esos efectos, nos apoyamos en las sentencias SL 2611 del 2020, SL 4863 del 2021 y SL 2601 del 2020; incluidas las sentencias SL 2953 de 2021 y SL 2953 de 2021, estas dos últimas en las que la Corte Suprema de Justicia de manera expresa concedió estas sumas, en la parte resolutive de dichas providencias.

A estas providencias, igualmente hace alusión el honorable Tribunal Superior del Distrito judicial de Popayán, en la sentencia del 25 de octubre 2022, radicado 2021-174, demandante Rocío Estela y magistrada ponente Claudia Cecilia Toro Ramírez, en la que esta honorable corporación adicionó la sentencia preferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A., a trasladar sumas adicionales en caso que éstas se hubieren causado.”

2. “El segundo aspecto, es en cuanto a la discriminación de los valores a trasladar a Colpensiones, en este aspecto le solicito al honorable Tribunal (salto) un especial contenida en el escrito de contestación de la demanda, en la que se solicitó al Juzgado que en el evento de declararse la ineficacia de la afiliación, se ordenará a la AFP que, al momento de trasladar a COLPENSIONES la sumas ordenadas en la sentencia, lo hiciera discriminando cada uno de los conceptos trasladados al Régimen de Prima Media, con sus respectivos valores, teniendo en cuenta que, en estos asuntos la obligación de hacer impuesta a Colpensiones, de recibir los aportes y valores trasladados por parte de la AFP se encuentra sujeta a condición, y que estos documentos resultan relevantes y necesarios para que Colpensiones pueda dar cabal cumplimiento a las obligaciones impuestas, y que además contribuirían para que el proceso de afiliación de la demandante al RAIS, pueda realizarse con mayor celeridad, al contar con esta documentación al momento del traslado de las sumas

ordenadas al Régimen de Prima Media, y teniendo en cuenta que, en estos asuntos dicha petición ha sido concedida por otros juzgados en esta misma jurisdicción y avalada por el honorable Tribunal, que en modo alguno implica una condena adicional a la AFP, sino una orden para un mejor proveer y facilitar el cumplimiento de las órdenes.

Lo anterior, en concordancia con la reciente jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia sobre el tema, que en decisiones similares a la que nos ocupa, ha ordenado a la AFP devolver al Régimen de Prima Media, los valores causados en el RAIS, debidamente discriminados, tal y como el honorable Tribunal ordenó en la sentencia del 25 de octubre de 2022.”

2.6. RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR PORVENIR S.A.

La demandada PORVENIR S.A., por intermedio de su apoderada judicial, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, al estar inconforme con las siguientes decisiones:

1. Solicita la revocatoria de la condena a la devolución de los gastos de administración, porque, “... ..En principio se señala que los gastos de administración son valores que en caso dado se han estipulado de forma legal, artículo 20 de la ley 100 de 1993, si la demandante hubiese estado vinculada con el Régimen de Prima media, esos valores también se hubiesen causado, y en todo caso, los gastos de administración no tienen una naturaleza de financiar la mesada pensional, razón por la cual es aplicable la figura de prescripción a dichas sumas.

Adicionalmente, se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones, en la medida de que se van a trasladar unos valores que ni van a financiar una mesada y que adicionalmente, pues no se causaron en la administración por parte de dicha entidad y que esa labor sí la realizó mi representada.

Adicionalmente, se debe señalar que, en cuanto a ese cumplimiento de la obligación de administración, la parte actora obtuvo como rendimiento más de \$30.677.190 y bajo estas circunstancias, pues considerablemente se acredita el cumplimiento de obligaciones por parte de Porvenir.

2. “... ..en lo que refiere a los seguros previsionales, en estos conceptos también o no son dables de generar un retorno, dadas las circunstancias de que se brindó la cobertura de la cuenta de ahorro individual de la demandante, esta cobertura así mismo, demuestra que frente a las contingencias de invalidez y de sobrevivencia se acataron, en este caso se contrataron terceros ajenos de buena fe y bajo estas circunstancias los valores de dichos conceptos, no hacen parte de las arcas de mi representada, ni tampoco generó un enriquecimiento, dado que los valores fueron trasladados a dichas entidades.

3. “... ..en lo que refiere la indexación, se ha de señalar que se está generando una doble condena para Porvenir, en el sentido de que se endilga un traslado de aportes que a la fecha se encuentran actualizados, y adicionalmente una indexación, bajo este criterio lo ha mencionado el Tribunal de Cundinamarca dentro del proceso 02-2021-111, la demandante Felisa León Poveda, del cual me permito citar lo siguiente: "le asiste la razón a la apelante ya que, en este caso, como lo refiere, se está ordenando la devolución de los requerimientos financieros, rubro este que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP como consecuencia de la afiliación de la demandante, por lo que entiende la Sala que este rubro sería excluyente con la indexación ordenada".

Bajo este criterio señores magistrados se está generando una doble condena para Porvenir, en el entendido que se otorga una devolución de aportes, rendimientos y sumas, las cuales se encuentran debidamente actualizadas, y adicionalmente un concepto, indexación de sumas, que a la larga pues son objeto de una obligación de tracto sucesivo y que además de ello, se le es aplicable la figura de prescripción, bajo este criterio señores magistrados, solicitamos la revocatoria de dichos conceptos, que no hay lugar y así dejó sustentado el recurso de apelación, muchas gracias.”

4. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

i) El apoderado de la demandada PORVENIR S.A., solicita, se revoque la sentencia de primera instancia y se le absuelva de las pretensiones incoadas en la demanda.

Señala que, en este asunto no se probó la nulidad absoluta o relativa del acto jurídico de traslado, de manera que goza de plena validez.

Además, menciona que, a la parte actora también le asistía el deber de estar informada y cerciorarse sobre los servicios que deseaba contratar o utilizar, por ende, tenía la obligación de indagar sobre las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con PORVENIR S.A., teniendo también la obligación de exigir las explicaciones verbales o escritas necesarias, precisas y suficientes, que le posibilitaran la toma de decisiones informadas.

Que siempre le garantizó a la demandante la posibilidad de retornar al RPM y que la actora, luego de recibir la información necesaria y suficiente, pudo comparar con el conocimiento que tenía del RPMPD, y decidió escoger el régimen de ahorro individual, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, documento que se presume auténtico.

Agrega que, se le imponen a la AFP cargas inexistentes, pues para el momento de la celebración de los actos jurídicos de traslado pensional, no existía la obligación de suministrar la información con el alcance que se despliega en la jurisprudencia, esto es, que el afiliado comprenda un tema que ni siquiera versados en materia laboral logran abarcar, dada la complejidad técnica del asunto.

Por último, sostiene que existe una diferencia entre la ineficacia y la nulidad de los actos jurídicos y en lo relevante argumenta que, ordenar a Porvenir S.A., que indexe cualquier suma de dinero, es imponer una doble sanción, por cuanto, los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó, supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado, representados en los aportes pensionales (Archivo No. 06, págs. 1-13, expediente digital 2da instancia).

ii) La apoderada judicial de Colpensiones: Se ratificó en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación y señaló que, para el momento del traslado

de la actora, no les era exigibles a los fondos documentar las asesorías a sus afiliados, por fuera del formulario de afiliación.

Que esta es una carga que la jurisprudencia impuso y lo contrario implica imponer cargas a los fondos, no previstos por el ordenamiento jurídico, pues si la ley no les exigía otros documentos como soporte de las asesorías, mal podría ahora exigírseles, aduciendo que, el fondo privado no incumplió, sino que ocurrió un cambio normativo.

A su vez, señala que, en el evento en que se confirme la sentencia de primera instancia, se adicione, en el sentido de que, también se traslade lo atinente a las sumas adicionales de la aseguradora en caso de que estos se hubiesen causado, teniendo en cuenta para esto el precedente de la Corte Suprema de Justicia y así proteger el equilibrio financiero de la entidad, que finalmente será quien tendrá que reconocer la pensión en el RPM.

También reitera, se acceda a la solicitud de petición especial contenida en el escrito de contestación de la demanda, en la que se solicitó al Juzgado que, en el evento de declararse la ineficacia de la afiliación, se ordenara a la AFP, normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones y la devolución de aportes a COLPENSIONES, con la respectiva entrega del archivo y el detalle de aportes realizados, durante la permanencia de la actora en el RAIS (Archivo No. 09, expediente digital 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 por COLPENSIONES E.I.C.E., respectivamente, 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 el recurso 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 formulados y en respuesta 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 por el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.?*

Como asuntos asociados, se analizan los temas sobre (i) las consecuencias jurídicas de la permanencia de la actora en el RAIS y (ii) 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 al RPM, los rendimientos, bonos pensionales si los hubiere, los gastos de administración, lo descontado con destino a la garantía de pensión mínima, las primas de seguros previsionales y las sumas adicionales de la aseguradora, 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 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 contenida en la sentencia apelada.

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 como tal.

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 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 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 A quo.

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:

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, 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 2005:

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, por razón del traslado en el año 2005, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

“Las entidades vigiladas, sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios, deben obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio al interés público de conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política, para lo cual tienen la obligación legal de abstenerse de realizar las siguientes conductas:

(... ...)

f. No suministrar la información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, a los usuarios o a los clientes de las entidades vigiladas para que éstos puedan tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas;

Y en el numeral 1, del artículo 97, del EOSF, disponía:

Artículo 97: Información a los usuarios:

“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 y poder tomar decisiones informadas.

En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que estas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios.”

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; 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 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 la contestación a la demanda por parte de la pasiva COLPENSIONES, se obtienen los siguientes hechos probados:

6.11.1. Según historia laboral expedida por COLPENSIONES E.I.C.E., se constata, la demandante cuenta con aportes cotizados a pensión en el RPM, en el periodo comprendido del 29 de noviembre de 1988 al 31 de octubre de 2003, para un total de 123,14 semanas cotizadas en dicho régimen (Archivo No. 02, págs. 20-23, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.2. Según la certificación expedida por COLPENSIONES el 05 de junio de 2019, se constata el traslado de la actora a PORVENIR S.A., a partir del 01 de agosto de 2005 (Archivo No. 02, pág. 25, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.3. La señora LUZ ELY JIMÉNEZ URREA cuenta con un total de 738 semanas cotizadas a PORVENIR S.A., de las cuales 612 han sido cotizadas a esa AFP del RAIS, en el periodo comprendido de septiembre de 2007 a diciembre de 2019 (Archivo No. 2, págs.5-11, expediente digital de 2da instancia).

CONCLUSIONES:

1. Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados y las contestaciones de la demanda, aparece debidamente probado, en el momento del traslado efectivo al RAIS el 01 de agosto de 2005, la demandante se encontraba afiliada al régimen de prima media, pues cuenta con cotizaciones efectuadas al RPM, en el periodo comprendido del 29 de noviembre de 1988 al 31 de octubre de 2003, para un total de 123,14 semanas cotizadas en dicho régimen (Archivo No. 02, págs. 20-23, expediente digital de 1ra instancia), y posteriormente se aprobó su traslado de COLPENSIONES a PORVENIR S.A., el 01 de agosto de 2005 (Archivo No. 02, pág. 25, expediente digital de 1ra instancia).

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 ordenados como pruebas, esta Sala advierte que la pasiva PORVENIR S.A., estando obligada, no demostró en el proceso, que 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, incluso el 01 de agosto de 2005, 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 en todo caso, dicho formulario ni siquiera se allegó al plenario porque PORVENIR no dio respuesta a la demanda.

A su vez, tampoco son indicios serios de tal conducta, el hecho de que la actora no sea lega, haber permanecido en el RAIS por amplio tiempo y no haber solicitado información y proyección de la pensión, toda vez que, cuando se dio el traslado del RPM al RAIS, no se cumplió 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 2005.

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.

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 de la actora.

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 como tal.

Así mismo, en virtud del recurso de apelación propuesto por COLPENSIONES, 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 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, así como su historia laboral actualizada, conforme se peticionó por la administradora del RPMPD, ya que dicho pedimento que hizo COLPENSIONES en su respuesta a la demanda (Archivo No. 10, pág. 3, 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 Y LAS PRIMAS DE SEGUROS PREVISIONALES, TODOS ESTOS CONCEPTOS INDEXADOS, ASÍ COMO LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA.

Tesis de la Sala: Resulta procedente confirmar la sentencia de primera instancia que ordenó la devolución del capital junto con los rendimientos financieros depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora, pero se modificará la providencia en el

sentido de aclarar que estos valores a trasladar, relativos a capital y rendimientos, no se indexarán.

Además, se confirma la devolución de los gastos de administración o comisiones, los 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 de la actora y de paso, se produce un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

Sin embargo, se niega la apelación de Colpensiones, relacionada con la devolución las sumas adicionales de las aseguradoras, en el evento en que se hayan causado y a cargo de la demandada PORVENIR S.A., como se explica adelante.

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

7.1. Del estudio en detalle de la línea de pensamiento de la CSJ-SCL, sobre los valores a devolver al RPM y la procedencia de su indexación, por parte de 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 y las primas de los seguros previsionales, 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*

² Negrita fuera de texto original

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, 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 la cuenta individual de la actora 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 devolución y, además, indexada, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar

³ Negrita fuera de texto original

al RPM administrado por Colpensiones, razón por la cual, tampoco es susceptible de prescripción la devolución de tales conceptos, como se alega en la apelación por PORVENIR.

7.3. En relación con la **devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras**, analizado el tema en virtud de la apelación propuesta por COLPENSIONES, la Sala no acoge tal pedimento, porque, si bien la CSJ-SL a conceptuado favorablemente respecto de tal pretensión bajo la condición de que se hubieren causado, sin embargo, esta Sala considera que no procede tal condena, en la medida que su causación necesariamente deviene del hecho del reconocimiento de la pensión de invalidez o de sobrevivientes y como tal evento no aparece probado en este caso, no procede la referida condena.

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

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verifica, sí 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, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 2005.

La Sala niega la declaración de la excepción de prescripción, como quiera, que en este caso se declara 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 adocinado 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 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 afiliada(o), 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 de la parte 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 CPTSS, NO procede la condena en costas en esta instancia a cargo de la parte apelante–PORVENIR S.A., ni COLPENSIONES E.I.C.E., por cuanto tuvo prosperidad parcial los recursos de apelación de PORVENIR y COLPENSIONES E.I.C.E.

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. 7 del quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO de la 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. 7 del quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023), 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 sistema que corresponda, y proceda también a entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes de la actora, así como su historia laboral actualizada, según lo motivado en esta providencia.

TERCERO: SE ADICIONA el ordinal TERCERO de la parte resolutive de la sentencia No. 7 del quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a las AFP PORVENIR, S.A., que proceda 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, 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

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 previsionales 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.


LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL