

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



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

**Magistrado Ponente:  
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS**

Popayán, trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>JOSEFINA PRADO OROZCO</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E.  2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.</b>
<b>RADICADO</b>	<b>19-001-31-05-001-2020-00201-01</b>
<b>INSTANCIA</b>	<b>APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA</b>
<b>TEMA</b>	<b>INEFICACIA DE TRASLADO - PRESCRIPCIÓN.</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>SE MODIFICA PARCIALMENTE EL ORDINAL PRIMERO DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y CONSULTADA, SOLO PARA DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS.  SE ADICIONA EL ORDINAL SEGUNDO, PARA ORDENAR LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS ADICIONALES DE LAS ASEGURADORAS, SIEMPRE QUE SE HAYAN CAUSADO.  SE CONFIRMA EN LO DEMÁS.</b>

## 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 el **RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada, A.F.P. PORVENIR S.A. y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES**, contra la Sentencia Nro. 012 del dieciséis (16) de febrero de dos mil veintidós (2022), proferida en primera instancia, por el Juzgado Primero 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 parte demandante: **(i)** Se **DECLARE** la nulidad de su traslado al RAIS, administrado por PORVENIR S.A, desde el 30 de abril de 1996.

En consecuencia: **(ii)** Se **CONDENE** a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora, junto con los rendimientos; **(iii)** Se **ORDENE** a COLPENSIONES, aceptar el traslado de la actora y recibir los aportes realizados y **(iv)** Se **CONDENE** a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Como **fundamentos fácticos relevantes sostuvo**, que ha cotizado en el ISS, hoy COLPENSIONES, por cuenta de diversos empleadores, desde julio de 1984 y hasta el 31 de julio de 2001.

Que un día, asesores de PORVENIR S.A llegaron a su lugar de trabajo y le explicaron las ventajas de cambiarse a los fondos privados de pensión, manifestándole que su mesada pensional sería más alta, de la que obtendría si se pensionaba en el ISS, hoy COLPENSIONES.

Señala que cotizó concomitantemente a ambos fondos de pensión (Porvenir e ISS, hoy COLPENSIONES) desde el año 1996; y que, a partir del año 2002, sus aportes a pensión se hicieron únicamente ante PORVENIR.

Por último, señaló que, el 26 de febrero de 2016, elevó derecho de petición a COLPENSIONES, solicitando explicación sobre el traslado de su bono pensional a PORVENIR, sin su autorización; y como respuesta, le indicaron que el traslado se dio bajo el Decreto 3995 de 2008, el cual hace referencia a múltiple vinculación entre entidades (Carpeta titulada: “002.DEMANDA Y ANEXOS”, Archivo PDF denominado: “DEMANDA LABORAL JOSEFINA PRADO”, expediente digital de 1ra instancia).

## **2.2. Contestación de la demanda COLPENSIONES**

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 la demandante haya recibido una indebida asesoría, además de encontrarse prescrita la acción correspondiente.

En todo caso, solicita, se ordene a PORVENIR, normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIFP, y proceda a la devolución de aportes a COLPENSIONES, con la respectiva entrega del archivo y detalle de los aportes realizados durante su permanencia en el RAIS e historia laboral debidamente actualizada.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó: “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”; “Carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica”; “Errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del CC”; “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”; “Indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales - vulneración del principio de la confianza legítima”; “Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia del traslado de régimen”, y “Prescripción”. (Carpeta titulada: “010 CONTESTACIÓN – COLPENSIONES”, Archivo PDF denominado: “ContestacionDemanda.pdf, expediente digital de 1ra instancia).*

### **2.3. Contestación de la demandada PORVENIR S.A.**

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**, argumentando que la demandante es una persona capaz, que manifestó de forma libre y voluntaria su decisión de traslado, al momento de la suscripción del formulario de vinculación; y que, al afiliarse, la actora recibió una asesoría integral, conforme a las normas vigentes para la época.

Agrega que, la AFP PORVENIR S.A., por cesión asumió los afiliados de HORIZONTE, actuando con la más absoluta buena fe frente a esos afiliados, no obstante, se debe tener en cuenta que la información que entregan las AFP, al celebrar el acto jurídico de traslado de régimen pensional, está precedido de información clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente, en relación con los efectos jurídicos, las consecuencias generadas por el traslado de régimen , prestaciones que otorga, la modalidades para acceder al reconocimiento pensional, las ventajas y desventajas, y en general todo lo atinente a la regulación que en materia pensional expide el gobierno nacional.

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”.* (Carpeta titulada: “014 CONTESTACION PORVENIR S.A”, Archivo PDF denominado: “CONTESTACIÓN DE DEMANDA.pdf”, expediente digital de 1ra instancia).

#### **2.4. Decisión de primera instancia**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento, concentrada, el día dieciséis (16) de febrero de dos mil veintidós (2022), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar la SENTENCIA No. 012, en la cual resolvió: **(i) DECLARAR la ineficacia de la afiliación** de la señora JOSEFINA PRADO OROZCO a la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, efectuada el 28 de marzo de 1996, y en consecuencia, **DECLARAR** que, para todos los efectos legales, la afiliada-demandante nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPMPD; **(ii) CONDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A. (Antes HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS)** a trasladar a **COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora JOSEFINA PRADO OROZCO, como cotizaciones y bonos pensionales, si los hubiere, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. De igual modo, la citada AFP deberá trasladar a Colpensiones las primas de seguros previsionales, de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima y el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, estos últimos, es decir, gastos de administración, debidamente indexados, advirtiéndose que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores y demás información relevante que los justifiquen, **valores estos que deberán ser recibidos por COLPENSIONES;** **(iii) ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., normalizar la afiliación del demandante en el sistema correspondiente, y entregar el archivo y detalle de los aportes de la señora JOSEFINA PRADO OROZCO; **(iv) NEGAR** la prosperidad de las excepciones de mérito propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A.; y **(v) CONDENAR en costas** a PORVENIR S.A.

**TESIS DE LA JUEZ:** Indicó que, HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS incumplió el deber de brindar una información veraz y eficiente a la demandante respecto del cambio de régimen pensional, y, por consiguiente, considera que procede la declaratoria, no de la nulidad, sino de la ineficacia de la afiliación de la señora JOSEFINA PRADO OROZCO al RAIS, la cual cobija hoy a PORVENIR S.A., como entidad a la cual está vinculada la accionante en el RAIS, pese a que PORVENIR no participó de ese acto de afiliación inicial.

Señala que, de acuerdo a la prueba documental, la demandante cuenta con cotizaciones al ISS, desde el año 1984 y hasta abril de 1996, para un total de 166,71 semanas, y según el detalle de pagos efectuados, a partir del ciclo de mayo de 1996, aparece la observación no vinculado, trasladado al RAIS, y aporte devuelto por esa misma situación.

Además, con el formulario de vinculación que firmó la demandante, de fecha 28 de marzo de 1996, concluye que, existió una vinculación inicial al RPM y posteriormente, un traslado al RAIS; sin que exista prueba de que, se le hubiera suministrado a la afiliada información clara y precisa de las características, condiciones, consecuencias y riesgos del traslado, a pesar, de que esa carga le correspondía al fondo de pensiones.

Agrega que, los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, cobija a todas las entidades a las cuales estuvo afiliada la persona en el RAIS, aún, cuando las demás no participaron de ese acto de afiliación inicial, por lo que, las consecuencias de la declaratoria, implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen, máxime que la afiliada pasó de forma automática de HORIZONTE a PORVENIR S.A., por razón de la fusión por absorción entre estas dos entidades.

En consecuencia, consideró procedente, declarar la ineficacia de la afiliación de la señora JOSEFINA PRADO OROZCO al RAIS, determinación que implica dejar sin efecto práctico dicho traslado, bajo la ficción jurídica que aquella siempre estuvo afiliada al RPM; y ordenó a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin descontar valor alguno por concepto de cuotas de administración.

No ordenó devolver el rubro atinente a sumas adicionales, con base en criterio de la Sala Laboral de este Tribunal Superior, argumentando que estas sumas solo tienen operatividad y vigencia frente al evento en que se cumplan requisitos contemplados para causación y disfrute de pensiones de invalidez y/o sobreviviente, y en este caso no se trata de determinar la causación y reconocimiento de alguna de estas dos contingencias.

A su vez, accedió a la devolución de las sumas por las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y la indexación de los gastos de administración, aunado a que, ordenó a PORVENIR, normalizar la afiliación en el sistema correspondiente.

Finalmente, negó la excepción de prescripción, con base en criterio de la CSJ-SCL.

## **2.5. RECURSO DE APELACIÓN DE PROVENIR SA**

Inconforme con la decisión de primera instancia, PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación, “... ..frente a la orden emitida sobre la devolución de **gastos de administración y primas de seguros**” al considerar se está desconociendo “... ..**las reglas existentes en materia de restituciones mutuas y el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa.**”

*En efecto, el régimen de 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 la parte que los originaron de tal forma en que se le espongan las circunstancias en que se encontrarían si aquel no hubiese tenido lugar.*

*Si bien, esa restitución no ofrece mayor complejidad cuando el traslado patrimonial versa sobre bienes transmisibles, no ocurre lo mismo cuando este se refiere a prestaciones que es inviable retrotraer, particularmente como lo es el caso de las gestiones de administración de los recursos del afiliado y los valores pagados para la contratación de los seguros previsionales.*

*En efecto, se encuentran a cargo de las sociedades administradoras de los fondos de pensiones y cesantías, como Porvenir S.A., las*

*obligaciones previstas en el artículo 14 del decreto 656 de 1994, entre las que se destacan, las de invertir los recursos del sistema, garantizar una rentabilidad mínima y prestar asesoría.*

*Estas corresponden a obligaciones de hacer, que reciben como contraprestación la comisión de administración sobre los aportes obligatorios, artículo 39 decreto 656 de 1994 y que generan un beneficio para el afiliado, pues los rendimientos de las inversiones realizadas por la AFP, entran a formar parte del capital con el que se financian las prestaciones, a favor del afiliado.*

*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 este nunca se hubiere 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 quedan en pie los efectos hasta ese entonces surtidos.*

*Adicionalmente, se debe tener presente que hay un doble fundamento que subyace a las reglas de las restituciones mutuas, por un lado, la equidad y por el otro, la prevención del enriquecimiento sin causa.*

*En ese orden de ideas, la ineficacia del negocio jurídico genera como consecuencia principal el derecho de las partes a ser restituidas al estado en que estarían si el negocio nunca se hubiese celebrado, es decir, produce efectos retroactivos, esto implica, que en los casos en que las partes han ejecutado una parte de las prestaciones que tenían como fuente el negocio ineficaz, que habrá lugar, a que cada una, reciba de regreso lo que haya dado o entregado al cumplimiento del negocio, lo anterior, siempre y cuando se trate de prestaciones susceptibles de retrotraerse, lo que excluye por regla general, la hipótesis en las que se han ejecutado prestaciones de hacer o no hacer y los contratos de tracto sucesivo, en los cuales ya se ha ejecutado una parte.*

*En estos últimos supuestos, quien satisface su obligación tiene derecho a conservar la prestación correlativa, que haya recibido como contrapartida. Admitir lo contrario, esto es, imponer a la parte la restitución de lo que recibió a cambio de una obligación que no puede deshacerse, desconoce los postulados de la prevención del enriquecimiento sin causa, que están en la base del régimen jurídico de las restituciones mutuas.*

*En efecto, una parte se vería beneficiada por el comportamiento de la otra, quien además no tendría que pagar contraprestación alguna, y es*

*lo que pues se está profiriendo en esta decisión al ordenarle a Porvenir S.A. devolver los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual más los rendimientos, sin embargo, Porvenir S.A. no puede deshacer las obligaciones a las que estaba sometido y que por más de 24 años realizó labores de inversión para que esos recursos pudieran tener rendimientos y es por ello, que la parte demandante se estaría beneficiando y generando un enriquecimiento sin causa.*

*Así las cosas, al ordenar como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, que se restituyan los valores que se cobraron por las cuotas de administración y comisiones, desconocen las reglas sobre 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 correlativa compensación a la que tiene derecho la entidad demandada.*

*Así pues, al resultar imposible retrotraer los efectos de las labores de administración desarrolladas por la AFP, y que ya se encuentran consolidadas, no es procedente ordenar la restitución de las sumas percibidas por ese concepto, pues con ello, como se ha manifestado, se está quebrantando el equilibrio por el que se debe propender con las restituciones mutuas.*

*En estos casos, en los que no resulta viable retrotraer los efectos de la prestación ejecutada por uno de los contratantes, el carácter retroactivo de la declaratoria de ineficacia, no puede servir para generar un enriquecimiento injustificado para la otra, esto cobra especial trascendencia en los casos objetos de estudio, pues ha sido el mismo legislador el que ha determinado las obligaciones a cargo de las sociedades administradoras de fondos pensiones y cesantías, y su derecho a percibir una remuneración, para lo cual, incluso, se estableció en la ley el porcentaje de la cotización, que se puede destinar a cubrir dichos gastos de administración, artículo 20, ley 100 de 1993.*

*Desde esta perspectiva, una adecuada aplicación de las reglas sobre las restituciones mutuas, supondría respetar los efectos consolidados y que no se pueden retrotraer por su propia naturaleza, como ocurre con la ejecución de las obligaciones de hacer, y que implica la prestación correlativa a aquella, de tal forma que no puede restituirse, pues lo contrario se está generando, como se ha manifestado, un enriquecimiento injustificado en cabeza de la demandante.*

*Los gastos de administración y el valor desembolsado para cubrir las primas de seguro previsional, no constituyen un detrimento al patrimonio del afiliado, el artículo 963 del código civil, resulta inaplicable a los eventos de ineficacia del traslado entre regímenes*

*pensionales, debido a que no se puede reputar que los gastos de administración y las comisiones, sean deterioros respecto de los recursos del afiliado, que son administrados por los fondos privados como Porvenir S.A., en efecto, cuando el legislador impuso a las sociedades AFP las obligaciones consagradas en el artículo 14 del decreto 656 de 1994, fue precisamente con la finalidad de lograr los objetivos de salvaguardar el patrimonio del afiliado, para que sirva al cumplimiento de la finalidad, a la que se encuentra afecto, esto es, servir para la financiación de la pensión de vejez.*

*Desde esta perspectiva, resulta alejado del funcionamiento del RAIS, considerar como detrimento o deterioro al patrimonio del afiliado, la erogación correspondiente a los dineros que se destinan, a cubrir los costos en los que incurra la administradora, para desarrollar las actividades tendientes al cumplimiento de sus obligaciones, cuyo objeto no es otro que, la conservación de los recursos entregados por el afiliado, a esto debe agregarse que el afiliado también hubiese tenido que incurrir en gastos de administración, de haber permanecido afiliado en el régimen de prima media, pues el legislador estableció para ambos regímenes que el 3% de los dineros cotizados se destinan a cubrir los gastos de administración y la prima de seguro previsional de invalidez y sobreviviente.*

*Esto impide considerar que los cobros por administración y comisiones, a la luz de las reglas del sistema general de seguridad en pensiones, puedan considerarse un detrimento al patrimonio del afiliado, pues lo cierto es que, esos dineros tampoco hubiesen ingresado, como parte de esos aportes para que financien la pensión de vejez, en el RPM.”*

Con fundamento en los argumentos anteriores solicita la revocatoria de estas condenas y adiciona, la actora se afilió al RAIS de forma libre y se están exigiendo soportes documentales de la asesoría que no corresponden a las reglas vigentes en 1996; además, la demandante permaneció por más de 24 años en el RAIS y no realizó su regreso al RPM dentro de los plazos legales.

### **3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

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

**3.1. El apoderado de la parte demandante,** solicita, se confirme la sentencia de primera instancia, para lo cual trajo a colación

diferentes criterios de la CSJ-SCL, relacionados con las consecuencias de la ineficacia del traslado de fondo de pensiones y los conceptos, cuya devolución procede (Archivo No. 18, expediente digital de 2da instancia).

**3.2. La apoderada judicial de Colpensiones E.I.C.E.**, señaló que no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado y se ratificó en los argumentos expuestos en la contestación de demanda, indicando que, para el momento del traslado, no era exigible a los fondos documentar las asesorías de sus afiliados, por fuera del formulario de afiliación, siendo una carga impuesta por la jurisprudencia, de manera que, solicitar otros mecanismos probatorios distintos al formulario en la actualidad, es obligarlos a lo imposible (Archivo No. 16, expediente digital de 2da instancia).

**3.3. Porvenir S.A.**, por intermedio de su apoderada judicial, allegó escrito de alegaciones de segunda instancia en forma extemporánea, por ende, no se tramitará el mismo (Archivos No. 19-21, 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 la AFP PORVENIR S.A., quien integra la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del CPTSS, modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, esta Sala de Tribunal es competente para desatar el recurso 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 E.I.C.E.

**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.

**La funcionaria judicial que conoció del asunto es la 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 el recurso 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 demandante, del RPM, hoy administrado por Colpensiones, al RAIS administrado por HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., actualmente Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.?*

**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 la AFP PORVENIR S.A., y en virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES E.I.C.E., se pasa a resolver:

*¿Se ajusta al ordenamiento jurídico ordenar a Porvenir S.A. que, traslade al RPM, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales 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 modificar parcialmente el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, solo en el sentido de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del RPM al RAIS y **CONFIRMAR** en lo demás este ordinal primero.

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 ley<sup>1</sup>. Las personas afiliadas a este régimen

---

<sup>1</sup> Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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.

**6.5.** Por medio del artículo 60 de la Ley 100/93, se regula las características del régimen pensional RAIS, y en lo que interesa,

se resalta lo dispuesto en el literal c, en su versión original, atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 1996:

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

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

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

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

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

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

**6.6.** A su vez, en el artículo 72, literal f) del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF) aplicable al presente caso en su texto original, por razón del traslado en el año 1996, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

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

(... ...)

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

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

**Artículo 97: Información:**

*“1. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.”*

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

Y, además, expresamente se dispone que

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

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

**6.9.** Sobre casos similares al que nos ocupa, y en particular sobre el deber del suministro de la información clara, amplia y

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

*cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.*

*(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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, se obtienen los siguientes hechos probados:

**6.11.1.** Según reporte de semanas cotizadas en pensiones, expedido el 01 de diciembre de 2020, por Colpensiones, se constata que la demandante estuvo afiliada al RPM, administrado por Colpensiones, desde el 05 de julio de 1984, hasta el 30 de abril de 1996, advirtiéndose que cuenta con 166,71 semanas cotizadas a seguridad social en pensión, en dicho RPM, y posteriormente, los aportes aparecen con las observaciones: “no vinculado trasladado RAI” y “aporte devuelto” (Ver carpeta titulada: “010CONTESTACION COLPENSIONES”, archivo PDF: “GRP-SCH-HL-66554443332211\_1881-20201201075823”, expediente digital de 1ra instancia).

**6.11.2.** Está probado con la respuesta al hecho 8 de la demanda por PORVENIR S.A., con la solicitud de vinculación de fecha 28 de marzo de 1996, la historia laboral de la demandante, expedida por PORVENIR, la certificación de fecha 26 de agosto de 2021, expedida por PORVENIR y el historial de vinculaciones de ASOFONDOS que, la señora JOSEFINA PRADO OROZCO, se trasladó del régimen de prima media, administrado hoy por COLPENSIONES, al de ahorro individual, administrado por HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., mediante solicitud del 28 de marzo de 1996, encontrándose efectivamente afiliada a esta administradora del RAIS, con fecha 1 de mayo de 1996.

Posteriormente, existió una cesión por fusión, con fecha 1 de enero de 2014, y la demandante pasó de HORIZONTE a PORVENIR S.A., fondo del RAIS, en el que actualmente se encuentra afiliada, contando con 1.220.7 semanas cotizadas a PORVENIR S.A., para un gran total de 1.327 semanas cotizadas a seguridad social en pensión.

(Ver carpeta titulada: “014CONTESTACION PORVENIR S.A”, archivos PDF titulados: “certificación siafp J, “Certificado afiliación CC 34547085”, “CONTESTACION DE DEMANDA”, “Formulario afiliación HORIZONTE CC 34547085” e “Historia laboral RAIS CC 34547085”, del expediente digital de 1ra instancia).

## **6.12. CONCLUSIONES:**

**6.12.1.** Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados y las contestaciones de la demanda, aparece debidamente probado, en el momento de la solicitud de traslado al RAIS, el 28 de marzo de 1996, la demandante se encontraba afiliada al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, contando con 166.71 semanas cotizadas a dicho RPM, en el periodo comprendido del 05 de julio de 1984 al mes de abril de 1996.

**6.12.2.** Por otra parte, del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados

con la demanda y su contestación, esta Sala advierte que la pasiva PORVENIR S.A., estando obligada, no demostró en el proceso que, en el año 1996, cuando se suscribió solicitud de traslado, la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (entidad que se fusionó con PORVENIR S.A. en el año 2014), le hubiese dado a conocer a la demandante en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, de las ventajas y desventajas 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 de la solicitud del traslado, en marzo de 1996, y cuando se dio la afiliación efectiva a la entonces AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy PORVENIR S.A., en mayo de 1996, 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).

**6.12.3.** Es pertinente señalar también, la sola firma del formulario, que contiene escritos preimpresos, o el hecho de permanecer afiliada la actora por determinado tiempo en el RAIS, no son elementos que prueben la elección libre y voluntaria del traslado, en los términos requeridos, esto es, indicándosele ventajas y desventajas de ambos regímenes al afiliado, y no solo informándosele eventuales ventajas del RAIS, como al parecer sucedió en este caso, de acuerdo al análisis del formulario de vinculación obrante en el expediente, en concordancia con los hechos del libelo genitor de la demanda.

**6.12.4.** 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.

**6.12.5.** 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 lo sostenibilidad financiera de dicho fondo.

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

## **7. SOBRE EL TRASLADO A COLPENSIONES DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, LAS PRIMAS DE SEGUROS PREVISIONALES Y LAS SUMAS ADICIONALES DE LAS ASEGURADORAS.**

**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, indexadas, 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.

Así mismo, se confirma la decisión de primera instancia que ordenó la devolución de los valores pagados por las primas de los seguros previsionales.

Además, procede ordenar la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, aclarando que la devolución de dichas sumas adicionales, sólo procede en el evento en que se hayan causado, razón por la cual, se adicionará el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y consulta, en tal sentido.

Estas decisiones encuentran apoyo, en las siguientes consideraciones:

**7.1. En relación con la devolución de los gastos de administración, indexados,** 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 demandante 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 indexados, 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.

**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,** tema que es revisado por la Sala, en virtud de la apelación planteada por PORVENIR S.A., la Sala confirma la orden de devolución proferida por la Juez, por cuanto son valores que hacen parte de la cotización y su devolución surge dentro de los efectos de la ineficacia del traslado, como figura jurídica que obliga a que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido y por eso es que la Corte Suprema de Justicia, a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

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

Lo anterior también, porque el valor de las pólizas de seguro se saca del 3% de la cotización, destinado para el pago de las mismas y los gastos de administración, pero nunca de la cuenta individual del afiliado y conforme lo dispone el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el Régimen de Ahorro Individual comprende el conjunto de entidades, normas y procedimientos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, los cuales están a cargo de 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 consecuencia, se confirma en tal sentido también, la sentencia apelada y consultada, como ya se indicó.

**7.3.** En relación con la **devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras**, analizado el tema en Consulta, se observa que, la Juez indicó en la sentencia de primera instancia que no eran procedentes, conforme a criterio de este Tribunal, no obstante, de acuerdo al grado jurisdiccional de consulta, la Sala adicionará el ordinal segundo de la resolutive de la sentencia objeto de apelación y consulta, concediendo tal concepto, con la aclaración de que, sólo resulta procedente, siempre que se hayan causado, conforme se expuso por esta Sala en anteriores casos, entre otros, en el proceso ordinario laboral con radicado 2021-00006: *“La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 08 de septiembre de 2008, radicación No. 31989, consideró que es procedente la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora. Lo anterior, ha sido ratificado en providencias SL2611-2020, SL4863-*

2021 y SL2601-2021. Asimismo, lo determinó en sede de instancia y en sus partes resolutiveas 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 1996.

**La Sala niega la declaración de la excepción de prescripción**, como quiera, que en este caso no se declara la nulidad, sino la inexistencia del acto de traslado al RAIS, que también se enmarca en lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que los hechos aquí acreditados en cuanto a la materialización de un traslado carente de voluntad y consentimiento de la afiliada, comportan una transgresión a los derechos a la seguridad social y libre escogencia de régimen de la actora.

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

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

En la sentencia en mención, se afirma:

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

*Conforme lo explicado, **los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.** Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la **afiliación**, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión» (resaltado fuera del texto original)*

**En conclusión: la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los**

***derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)”.***

Esta tesis ha sido reiterada en sentencias posteriores de la CSJ-SL del 01 de julio de 2020, Radicación 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 (a), 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 parte 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 la entidad apelante, PORVENIR S.A., por cuanto no tuvo prosperidad su recurso de apelación.

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.

De conformidad con el artículo 365 del CGP, numeral 8°, no procede la condena en costas a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E., por no encontrarse causadas, en virtud del grado jurisdiccional consulta aquí surtido a su favor.

## 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 apelada y consultada, solo en el sentido de declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO del RPM al RAIS y **CONFIRMAR** en lo demás este ordinal primero.

**SEGUNDO: SE ADICIONA** el ordinal SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia No. 012 del dieciséis (16) de febrero de dos mil veintidós (2022), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A., a devolver y depositar en Colpensiones las sumas adicionales de las aseguradoras, siempre que estas últimas se hayan causado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 favor de la parte demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Las agencias en derecho como se dijo en la motivación de la sentencia.

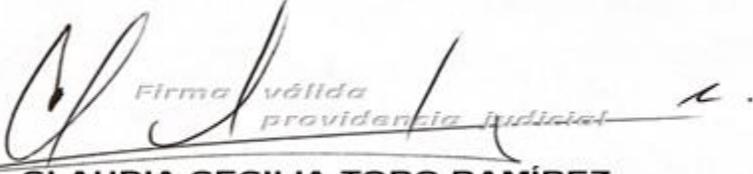
Sin condena en costas a cargo de COLPENSIONES E.I.C.E, según lo motivado.

**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**