

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA.

Popayán, veintinueve (29) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Vencido el término de traslado concedido a las partes para presentar por escrito alegatos de conclusión y dando aplicación a lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, le corresponde a la Sala entrar a resolver los recursos de apelación formulados por la apoderada judicial de la demandada AFP Porvenir S.A. y el apoderado del Municipio de Popayán, frente a la Sentencia dictada el 19 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL**, adelantado por **IMELDA MAYORGA PIPICANO** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-**, el **MUNICIPIO DE POPAYÁN** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, al igual que el grado jurisdiccional de consulta que sobre la referida providencia debe agotarse en favor de estas dos últimas entidades. Asunto radicado bajo la partida No. **19-001-31-05-001-2019-00301-01**.

Previa deliberación y aprobación del asunto con los restantes Magistrados, **LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTES** y **CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ**, se dicta por parte de la Sala, la providencia cuyo texto se inserta a continuación:

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES:

1.1. La demanda: Como antecedentes fácticos relevantes, se tienen los contenidos en el memorial de demanda, obrante a folios 1 a 10 del

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

archivo “001ExpedienteDigitalizado.pdf” del cuaderno de primera instancia - expediente digital, a partir de la cual se pretende lo siguiente: **i)** se declare la nulidad del traslado que a la AFP Horizonte, Hoy Porvenir S.A., realizó la demandante el 1° de enero de 1996; **ii)** ordenar a Colpensiones aceptar el traslado de aportes desde el 1° de enero de 1996, hasta que se satisfagan las pretensiones; **iii)** ordenar a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de que trata la Ley 100 de 1993, según la proyección de pensión aportada a la demanda; **iv)** ordenar a la AFP Porvenir S.A. proceda a trasladar los aportes a Colpensiones con los rendimientos generados; **v)** ordenar al Municipio de Popayán y a la AFP Porvenir S.A. reconocer los perjuicios materiales y morales en cuantía de \$20.000.000; y, **vi)** condenar a las entidades demandadas al pago de las costas del proceso.

1.2. Contestación a la demanda:

1.2.1. El Ministerio de Educación Nacional, dio contestación a la demanda a través del memorial obrante a folios 65 a 79 del archivo “001ExpedienteDigitalizado.pdf” del cuaderno de primera instancia - expediente digital, señalando no constarle ninguno de los hechos, oponiéndose a las pretensiones y formulando las excepciones de: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “inexistencia de la obligación”, “prescripción”, “buena fe”, “falta de título y causa”* y la *“genérica”*.

1.2.2. La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES- dio respuesta a la demanda, mediante el memorial obrante a folios 87 a 100 del del archivo “001ExpedienteDigitalizado.pdf” del cuaderno de primera instancia - expediente digital, señalando no ser ciertos algunos hechos y no constarle otros, oponiéndose a las pretensiones de la demanda y formulando la excepción previa de *“falta de conformación del litisconsorcio necesario”* y las excepciones de fondo de: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “improcedencia de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de regímenes pensionales”, “inexistencia de la obligación – improcedencia de reconocer pensión de vejez por no cumplir los requisitos legales y por no encontrarse suficientemente demostrado en el proceso prueba que evidencie los tiempos públicos sin cotizaciones al ISS, mediante la expedición del bono pensional por parte de las entidades obligadas”, “improcedencia de reconocer pensión de vejez a la demandante - retorno en cualquier tiempo al*

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

RPM, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera”, y “prescripción”.

1.2.3. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., contestó la demanda a través del escrito que obra en el archivo *“17ContestacióPorvenir.pdf”* del cuaderno de primera instancia, aceptando algunos hechos y negando otros; se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de fondo de: *“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 labores de tracto sucesivo”, “innominada o genérica”, y “debida asesoría del fondo”.*

1.2.4. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-, dio respuesta a la demanda, mediante el memorial obrante en la carpeta *“29ContestaciónUgpp.pdf”* del cuaderno principal - expediente digital, señalando no ser ciertos algunos hechos y no constarle otros, oponiéndose a las pretensiones de la demanda y formulando la excepción previa de *“falta de legitimación por pasiva”*, y las excepciones de fondo de: *“prescripción”, “buena fe de la entidad demandada” y la “innominada”.*

A través de Auto Interlocutorio N° 197 de 14 de marzo de 2022, el juzgado de primera instancia dispuso la vinculación de la Gobernación del Departamento del Cauca – Secretaría de Educación y Cultura del Cauca y del Municipio de Popayán – Secretaría de Educación y Cultura Municipal.

1.2.5. El Departamento del Cauca, a través de apoderada dio contestación a la demanda, dio respuesta a la demanda, mediante el memorial que obra en la carpeta *“037ContestaciónDptoCauca”* del cuaderno de primera instancia – expediente digital, aceptando unos hechos, señalando no constarle otros, oponiéndose a las pretensiones de la demanda y formulando las excepciones de: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “prescripción de la obligación” y la “innominada o genérica”.*

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

1.2.6. El Municipio de Popayán, también contestó la demanda, a través del memorial que obra en la carpeta “038ContestaciónMpioPopayán” del cuaderno de primera instancia – expediente digital, aceptando unos hechos, negando otros, oponiéndose a las pretensiones de la demanda y formulando la excepción de: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública de trámite llevada a cabo el 19 de septiembre de 2023 procedió, en la etapa de saneamiento del proceso, la juez decidió excluir del debate probatorio, la pretensión relacionada con el reconocimiento de la pensión de vejez. Posteriormente, dictó sentencia en la que resolvió: **(i)** declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a la AFP Porvenir S.A., efectuada en el mes de enero de 1996. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada demandante nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM; **(ii)** condenar a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales (si los hubiere y estuvieren bajo la administración de la AFP), con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, las sumas adicionales de la aseguradora si se hubieren causado y el porcentaje correspondiente a los gastos de administración; debidamente indexados. Valores que deben ser recibidos por Colpensiones y deben aparecer discriminados en su monto e información relevante que los justifiquen. **(iii)** ordenar a la AFP Porvenir S.A., a normalizar la afiliación de la demandante en el sistema correspondiente, entregar el archivo y detalle de los aportes junto con la historia laboral debidamente actualizada; **(iv)** ordenar a Colpensiones a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante en el RPM y a recibir la devolución de los dineros ordenados en ese proveído; **(v)** declarar probada la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* que alegaron el Departamento del Cauca, el Ministerio de Educación Nacional y las Ugpp; **(vi)** ordenar al Municipio de

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Popayán a realizar la gestión ante el Ministerio de Hacienda para la expedición del bono pensional, correspondiente al tiempo de servicios que la demandante ha estado vinculada en carrera administrativa en la Secretaría de Educación Municipal; **(vii)** negar los perjuicios morales y materiales reclamados por la demandante; y, **(viii)** condenar en costas a la AFP Porvenir S.A.

En síntesis, la a quo señaló que en el presente caso si están dados los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del RPM al RAIS, porque a AFP Porvenir incumplió con el deber de brindar información suficiente y verás a la demandante respecto del cambio de régimen y por consiguiente hay lugar a ordenar que la referida AFP devuelva la totalidad de los aportes pensionales que están en la CAI, los rendimientos que se hubiesen causado, los gastos de administración y otros conceptos que se deben aplicar. Para efecto, amparó la decisión en lo preceptuado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993, las Leyes 795 de 2003 y 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 incorporado al Decreto 2555 de ese mismo año, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015, la Circular Externa 016 de 2016, sobre doble asesoría, así como por la CSJ en su jurisprudencia, especialmente la providencia SL 1688-2019, indicó que la selección del régimen pensional es libre y voluntaria, teniendo las administradoras de los distintos regímenes, la obligación de suministrar la información necesaria y suficiente para la adopción de decisiones dentro del sistema; información que el juez deberá analizar, dependiendo de la época en que se haya tomada la decisión de efectuar el traslado de régimen pensional, pero que ha existido desde la creación o fundación de las administradoras de fondos de pensiones, ya que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, privándolo de todo efecto, bajo la ficción jurídica de que el traslado nunca se realizó al RAIS, o más bien, que la persona continuó afiliada al RPM y no perdió los beneficios del régimen de transición.

Frente a las afirmaciones consignadas en formatos pre impresos de las administradoras de fondos de pensiones, en los que se indica que la afiliación se hace libre y voluntaria, apoyada en jurisprudencia de la CSJ SL, señaló que no son suficientes para dar por demostrado el deber de

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

información, como quiera que, de lo único que pueden dar fe es de la emisión de un consentimiento. De ahí que, de señalarse en la demanda que la entidad no cumplió con el deber de información que le correspondía, es a las administradoras a las que les corresponde, bajo la inversión de la carga de la prueba, acreditar el hecho contrario.

A partir de lo anterior, concluyó que la AFP Porvenir S.A., incumplió su deber de información, de suerte que le permitiera a la demandante tener elementos de juicio claros y objetivos para escoger la mejor opción para su pensión. Por lo tanto, como en el presente caso no se acreditó que la AFP hubiese suministrado a la ahora demandante información clara y precisa sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, incumpliendo con el deber que le asistía, decidió declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, ordenando a Porvenir S.A. como actual administradora en la que la demandante se encuentra vinculada, que haga la devolución de los valores recibidos por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, 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, éstos últimos, debidamente indexados y las sumas adicionales de la aseguradora si se hubiesen causado, sin que dicha devolución se haya visto afectada por el fenómeno jurídico de la prescripción, al tratarse de una figura que resulta improcedente en estos eventos, tal y como lo ha dicho la CSJ en providencias SL 12715-2014 y SL 4981-2020 y porque se trata de una decisión que no lesiona el principio de confianza legítima.

Igualmente, al encontrar acreditada la falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de la Ugpp, el Ministerio de Educación Nacional y el Departamento del Cauca, decidió darle prosperidad a esa excepción, dada su no intervención en el traslado de régimen pensional de la demandante. Frente al Municipio de Popayán, adujo estar acreditado que la demandante pertenece, en carrera administrativa, a la planta de personal de esa entidad y aunque no intervino en el traslado de régimen pensional de la demandante, si tiene el deber de adelantar las gestiones correspondientes para que se expidan los bonos pensionales a que haya lugar por los aportes

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

pensionales que en el sector público ha tenido la demandante, anteriores al mes de enero de 1996. Finalmente, señaló que no resultaba procedente el reconocimiento de perjuicios morales y materiales a la demandante, en tanto no se acreditó la causación de los mismos.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada judicial de la parte demandada AFP Porvenir S.A. y el apoderado del Municipio de Popayán formularon recursos de apelación, así:

3.1. Del recurso de apelación formulado por la apoderada de la AFP Porvenir S.A.:

Como fundamento de la alzada, la apoderada de la AFP Porvenir S.A. señaló que la decisión adoptada desconoce las reglas existentes en materia de restituciones mutuas y el principio del enriquecimiento sin causa, en tanto dicho régimen tiene como objetivo principal que los traslados patrimoniales que queden sin justificación por efectos de la declaratoria de ineficacia del acto jurídico, sean devueltos a las partes colocándolos en las mismas circunstancias que se encontrarían si aquel no hubiere tenido ocurrencia (artículo 1746 del Código Civil).

Refiere que la restitución ofrece dificultad tratándose de prestaciones que es inviable retrotraer, como en el caso de gestiones de administración de los recursos del afiliado. Señala que fue el legislador el que le impuso a las AFP el cumplimiento de las obligaciones consignadas en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994, entre las que se destaca la de invertir los recursos del sistema. Indica la rentabilidad obtenida se debe a la buena administración de la AFP, lo cual no habría tenido ocurrencia en el RPM, porque la ley establece que los rendimientos pertenecen al fondo de reparto común y porque en la práctica, los aportes de los afiliados financian las actuales pensiones, además de la financiación por parte de la Nación, cuando existen diferencias. Señala que, de haber permanecido la demandante en el RPM, no contaría con rendimientos o éstos

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

corresponderían a los RIT. En consecuencia, por las razones antes dichas y la declaratoria de ineficacia no habría lugar a la restitución de rendimientos.

Señala que, en el presente caso, la demandante estuvo vinculada durante un tiempo en la AFP Horizonte, trasladándose posteriormente a Porvenir, por lo que, al formalizarse la fusión, los gastos de administración descontados por Horizonte no fueron trasladados a Porvenir como entidad absorbente. Reitera que tratándose 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 y no es posible eliminar un comportamiento humano como si éste nunca se hubiese presentado.

Manifiesta que también resulta cuestionable la orden de restituir valores correspondientes a primas de seguros previsionales, en tanto el contrato de seguro es de tracto sucesivo, en el que agotado el término de su cobertura el asegurador devenga la totalidad de la prima acordada; seguro que es tomado para dar aplicación al mandato previsto en el artículo 1070 del Código de Comercio y lo señalado en el artículo 108 de la Ley 100 de 1993, siendo también improcedente la indexación, en tanto la misma generaría una doble condena para la administradora por el mismo concepto.

3.2. Recurso de apelación formulado por el apoderado del Municipio de Popayán.

El apoderado del municipio demandado formuló recurso de apelación indicando esta inconforme con la orden emitida en la sentencia, relacionada con el adelantamiento de gestiones ante el Ministerio de Hacienda para el trámite relacionado con el bono pensional de la demandante. Al respecto, indicó que el municipio nada tuvo que ver con el traslado de régimen pensional de la demandante, porque ni en vigencia de la Constitución Política ni de la Ley 100 de 1993, competencias relacionadas con estas materias. Por lo tanto, solicita se revisen los aspectos indicados en la contestación de la demanda, sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Por otra parte, señala que revisados los argumentos del fallo, la orden que se impone al municipio de Popayán obedece a que se logró demostrar en el proceso que la demandante inicialmente estuvo vinculada como docente del Departamento del Cauca y con posterioridad a ello se dio un traslado hacía el Municipio de Popayán, por lo que, los aportes de la demandante como empleada pública del Departamento del Cauca, concretamente en la Caja correspondiente, debieron haber pasado al municipio, siendo en ese punto que se discrepa de la tesis del despacho, porque parte de la suposición que se debieron haber pasado, cuando en el expediente no obra prueba de que esos aportes de la demandante que se materializaron cuando fue empleada del Departamento de Cauca, pasaron al municipio, no siendo posible para este ente territorial a partir de sus competencias legales, constitucionales y reglamentarias, adelantar gestiones ante el Ministerio de Hacienda para efectos del trámite del bono pensional, frente a unos aportes que no se tiene certeza si llegaron al municipio o no, precisamente porque para eso existe la figura de las cuotas partes pensionales y porque en todo caso, la orden dada no guarda relación con los problemas jurídicos planteados en la fijación del litigio. En consecuencia, solicita la revocatoria de la orden objeto de apelación.

4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

En firme el auto que admitió la apelación, se dio traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días a cada una, conforme lo dispuesto el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022.

En este punto es importante resaltar que los alegatos no constituyen una oportunidad adicional para cambiar o adicionar los fundamentos del recurso de apelación y a ellos se contraerá la Sala al resolver la alzada. Dentro de la oportunidad concedida todas las partes presentaron alegatos de conclusión, así:

4.1. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., presentó alegatos solicitando se revoque la decisión emitida en primera instancia, dado que esa AFP cumplió con el

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

deber de información que le era exigible para la fecha de los hechos o del traslado, por lo cual el acto jurídico no puede ser declarado ineficaz. No obstante, de confirmarse la decisión, solicitó que no se ordene a la AFP trasladar los valores referentes a cuota de administración y primas de seguro e indexación, dado que con ello se desconoce las reglas existentes en materia de restituciones mutuas y que la indexación está generando un doble pago, desconociendo que Porvenir S.A. realizó todas sus actuaciones de buena fe y bajo el principio de confianza legítima. Llamó la atención, en que las decisiones que en sede judicial se tomen en estos casos de solicitud de traslado de régimen, deben considerar las reglas sobre las restituciones mutuas, la equidad y el principio de sostenibilidad financiera regulado en el artículo 48 de la Carta Política de Colombia, el mantenimiento del orden legal y la seguridad jurídica.

4.2. La **parte demandante** presentó alegatos de conclusión solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia, al acreditarse en el proceso que no fue notificada por el empleador ni requerida por la AFP para que manifestara su aceptación libre y voluntaria de trasladarse al RAIS.

4.3. La **demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - Ugpp-** alegó de conclusión, manifestando la total conformidad con lo decidido en primera instancia en relación con la falta de legitimación en la causa por pasiva de esa unidad, en tanto se demostró que la demandante nunca estuvo vinculada a la Cajanal, sino a la Caja de Previsión del Departamento del Cauca.

4.4. La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** en sus alegatos, manifestó remitirse a los argumentos expuestos al contestar la demanda. Así mismo señaló que la decisión de primer grado se fundamentó en el hecho de que por parte de la AFP no se brindó la debida asesoría a la demandante, obviando tener en cuenta que, para el momento del traslado, no le era exigible a los fondos documentar las asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de afiliación. Señaló que en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, con la modificación

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

introducida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, no es procedente la declaratoria de ineficacia de traslado, máxime, cuando tampoco se cumplen los requisitos previstos en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al RPM en cualquier tiempo.

4.5. El Municipio de Popayán presentó alegatos de conclusión manifestando oponerse a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en razón a que el municipio no ha tenido ninguna injerencia en el cambio de régimen pensional de la demandante. Así mismo, se señala que en la sentencia no se podía imponer ninguna orden al municipio de Popayán basado en el supuesto que los aportes pensionales del Departamento del Cauca nunca debieron pasar al municipio. En suma, solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, en cuanto a la orden impuesta al municipio.

4.6. El Departamento del Cauca, a través de apoderada presentó alegatos de conclusión solicitando se ratifique la decisión de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de ese ente territorial, en tanto nada tuvo que ver en el trámite relacionado con el cambio de fondo pensional de la demandante.

4.7. La Nación – Ministerio de Educación Nacional, en su escrito de alegatos solicita la confirmación de la sentencia de primera instancia, manifestando que la responsabilidad sobre el acto de traslado de régimen pensional solo recae en la afiliada y el fondo de pensiones, razón por la que, dicho ministerio carecería de competencia en la causa por pasiva, para enfrentar las pretensiones contenidas en la demanda.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

5.1. COMPETENCIA: En virtud de lo consagrado en el artículo 66 del C.P.T.S.S., con la modificación incorporada por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, es esta Sala de Tribunal competente para conocer de la alzada propuesta por la parte demandada -Porvenir S.A. y el Municipio de Popayán-, en contra de la sentencia enunciada en los antecedentes, por ser el Superior Funcional del Juzgado que profirió la decisión atacada, la cual

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

además es susceptible de ser revisada, en razón del grado jurisdiccional de consulta, al tratarse de una providencia que en primera instancia trajo consecuencias a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-; de quien es garante la Nación, como quiera que le impuso como carga la de reintegrar a la demandante como afiliada del RPM, al igual que al municipio de Popayán, a quien le impuso adelantar trámites ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para obtener la expedición del bono pensional (artículo 69 del CPT y de la SS).

Es importante precisar que en virtud de lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en materia laboral, así como el grado jurisdiccional de consulta en aquellos eventos en los que no se requiera del decreto y práctica de pruebas se proferirá por escrito. En consecuencia, es éste el fundamento normativo que en esta oportunidad aplica la Sala para resolver por escrito la alzada y el grado jurisdiccional de consulta ya mencionados.

5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS: En virtud del grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación formulados por la parte demandada - AFP Porvenir S.A. y Municipio de Popayán-, la Sala considera como problemas jurídicos a resolver los siguientes:

5.2.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de traslado de la demandante al RAIS?

5.2.2. De ser afirmativa la respuesta frente a la declaratoria de ineficacia, ¿fue acertado ordenar a la AFP Porvenir S.A. que traslade a Colpensiones lo que en su momento descontó por concepto de gastos y/o comisiones por administración y para el pago de las primas correspondientes a los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes?. Así mismo, ¿resultaba procedente la devolución indexada de los referidos conceptos?

5.2.3. ¿Fue acertado ordenar al Municipio de Popayán que procediera a adelantar trámites ante el Ministerio de Hacienda y

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Crédito Público, para obtener la expedición de bono pensional por el tiempo que la demandante estuvo vinculada laboralmente al Departamento del Cauca?

5.3. TESIS DE LA SALA: La tesis de la Sala se orienta, por una parte, a **confirmar** la sentencia de primera instancia, como quiera que no está acreditado que la demandante hubiere dado su consentimiento para ser trasladada de régimen pensional; consentimiento que constituye uno de los elementos esenciales para la validez de cualquier vinculación y/o traslado, y que al no estar acreditado daba lugar a la pretendida declaratoria de ineficacia invocada en la demanda, siendo igualmente acertada la orden impartida a la AFP Porvenir S.A., de trasladar a Colpensiones todos los valores que a título de cotizaciones recibió con motivo de la vinculación; cotizaciones que conforme a las distribuciones señaladas por la ley, está conformada por los recursos destinados a la cuenta individual de ahorro pensional con sus rendimientos, lo descontado por concepto de gastos de administración, lo destinado al pago de las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y el fondo de garantía de pensión mínima, éstos últimos tres rubros debidamente indexados. Declaratoria de ineficacia respecto a la que no resulta aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción. Sin embargo, en cuanto al Municipio de Popayán, se habrá de revocar la orden impuesta en contra ese ente territorial, dada la falta de legitimación para adelantar trámites relacionados con la expedición del bono pensional.

5.3.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

• Del primer problema jurídico:

En la forma como fue concebido el Sistema de Seguridad Social Integral consagrado en la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes que este trajo consigo, bien sea el RPM y/o el RAIS, por selección inicial o traslado, deberá obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

Al respecto, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al cual se llega incluso por remisión contenida en la parte final del literal b) del artículo 13 de la misma norma, ha previsto que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del sistema de seguridad social integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para dar paso a que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

En este punto, es importante recordar que en virtud de lo consagrado en el artículo 6° del Decreto 228 de 1995, que se encuentra compilado en el artículo 2.2.2.1.9 del Decreto 1833 de 2016, el procedimiento previsto en ese decreto respecto de la selección de la sociedad administradora de fondos de pensiones se surte, con el diligenciamiento del formulario por parte del afiliado frente al empleador o frente a las administradoras de fondos de pensiones.

Y a su turno, el artículo 4° del Decreto 1068 de 1995, que también fue objeto de compilación en el artículo 2.2.2.1.14 del Decreto 1833 de 2016, prevé, entre otras cosas, que para que la afiliación se pueda considerar válida, el formulario debe estar correctamente diligenciado y firmado por el afiliado, el empleador y la persona autorizada por la entidad administradora de pensiones.

Por lo anterior, es claro que la libertad y voluntariedad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones, que en principio se materializa con la suscripción del respectivo formulario, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, sea inicial o por traslado, por lo que no queda duda de que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto por inexistencia, no solo porque así lo

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1994 ya comentado, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno, tanto así que es el mismo legislador el que de manera expresa ha señalado cuales son los requisitos necesarios para la existencia del negocio jurídico.

Es importante recordar que la figura jurídica de la ineficacia en términos generales, tal y como lo dijo la CSJ SL en providencia SL 4360 de 2019, *“hace referencia a todos los defectos o anomalías, de cualquier clase, que impiden que el acto jurídico produzca sus efectos o deje de producirlos”*, encontrándose en sus distintas modalidades: la ineficacia por inexistencia, la ineficacia por nulidad y la ineficacia por inoponibilidad, entre otras.

Para lo que aquí interesa, la ineficacia por inexistencia se presenta cuando faltan los presupuestos previstos en la ley para ello, los cuales deben concurrir al momento de la celebración del acto y sin los cuales, el legislador ha previsto que habrá inexistencia del negocio. Esos requisitos, pueden ser puramente formales, relativos al contenido o a los sujetos.

Por lo tanto, si el querer de la ley es que la validez de la afiliación se supedite al correcto diligenciamiento del formulario de inscripción, que incluye la firma del afiliado, así como también a que la selección del régimen se haya efectuado de manera libre y voluntaria, previo suministro de la información completa y necesaria sobre los beneficios y desventajas del mismo (dadas las condiciones particulares del interesado), y sin establecer distinciones tratándose de una afiliación inicial o un traslado de régimen pensional, no queda duda de que la consecuencia ante el incumplimiento de estos requisitos, sea otra que la declaratoria de ineficacia del acto por inexistencia.

En el presente caso, en la demanda se afirma, entre otras cosas, que la demandante no firmó ningún formulario de traslado a la entonces AFP Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy AFP Porvenir S.A., por lo que, su

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

traslado de régimen fue realizado de manera directa y arbitraria por el Ministerio de Educación Nacional en calidad de empleador.

Al contestar la demanda, frente a la anterior situación, el Ministerio de Educación Nacional señala que la firma que obra en el formulario de afiliación que se aporta con la demanda, en el acápite correspondiente al empleador contiene una firma que es ilegible y no demuestra que haya sido realizada directa y arbitrariamente por el representante de ese Ministerio, no incluyendo tampoco el formulario, la firma y sello del recibido de nómina del empleador. Por lo tanto, afirma que quien debe responder por las consecuencias del traslado es la AFP.

A su turno, la AFP Porvenir S.A., al contestar la demanda, afirma que la afiliación de la demandante se realizó por su empleador en virtud de lo establecido en el artículo 25 del Decreto 692 de 1994.

Frente al particular, es preciso señalar que el referido artículo 25 del Decreto 692 de 1994 señala lo siguiente:

Artículo 25. Obligaciones del empleador en relación con las cotizaciones. Los empleadores están obligados a solicitar a los trabajadores que se vinculen a la respectiva empresa a partir del 1o de abril de 1994, que les informen por escrito, sobre el régimen de pensiones que desean seleccionar y la respectiva administradora. Lo anterior con el fin de efectuar oportunamente el pago de las cotizaciones y de no incurrir en las sanciones por mora.

En el evento de que el trabajador no manifieste su voluntad de acogerse a uno de los dos regímenes, o no seleccione la administradora, el empleador cumplirá la obligación de que trata el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, trasladando las sumas por concepto de aportes a cualquiera de las entidades administradoras del sistema general de pensiones legalmente autorizadas para el efecto, sin perjuicio que, con posterioridad, el trabajador se traslade de régimen o de administradora.

Ahora bien, a folio 22 del archivo *"001Expediente digitalizado.pdf"* del cuaderno de primera instancia, obra copia de formulario de vinculación a Horizonte Pensiones y Cesantías, el cual fue aportado por la demandante con el escrito de demanda. El contenido de dicho formato informa sobre el traslado de régimen pensional que realiza la señora Imelda Mayorga Pipicano, identificada con la cédula de ciudadanía N° 34.535.633, de "CAPRECAUCA" a Horizonte Pensiones y Cesantías, el 10 de febrero de

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

1997. Aunque el mencionado documento incluye unas firmas, es de resaltar que las mismas se encuentran ubicadas en los apartes destinados a la entidad empleadora, el representante legal de la AFP y del respectivo asesor; no obstante, el aparte destinado para la firma del trabajador se encuentra vacío.

De igual forma, obra a folios 23 a 31, del mismo archivo, obra copia de historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir S.A., en la que se puede corroborar que por cuenta de la demandante y a cargo del Ministerio de Educación Nacional, en calidad de empleador de la demandante Imelda Mayorga Pipicano, se empezaron a efectuar aportes al RAIS desde el mes de enero de 1996.

Así mismo, a folio 33, aparece copia de solicitud de vinculación a pensiones ante el Seguro Social, la cual lleva por fecha el 5 de marzo de 1997, en la que se consignan además del nombre completo de la demandante y su identificación, que la señora Imelda Mayorga Pipicano tiene como administradora anterior a la Caja de Previsión Departamental. Este formato, a diferencia del de vinculación al RAIS, si lleva la firma de la demandante y del empleador.

De la revisión efectuada a los anteriores medios de prueba, la Sala considera que fue acertado declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que se le atribuye a la demandante, como quiera que las mismas no permiten constatar que en efecto, la demandante haya dado su consentimiento para ser trasladada, ni existe en el expediente otro medio de prueba que permita arribar a tal conclusión, y es que, por el contrario, nótese como, el hecho de la falta de firma en el formulario de vinculación, es un hecho que es aceptado por la misma AFP al contestar el hecho 11 de la demanda, cuando afirma que el traslado obedeció al actuar de la entidad empleadora, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 25 de Decreto 692 de 1994, es decir, se trata de un hecho que debe tenerse por confeso, en aplicación de lo previsto en el artículo 193 del C.G.P.

Por lo tanto, no hay duda de que la demandante vio frustrado su derecho de afiliación al Sistema General de Pensiones y a seleccionar

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

dentro del mismo, el régimen pensional al cual quería permanecer y para lo que era necesario, que le fuera suministrada la información y asesorías debidas.

Sobre el deber de las administradoras de fondos de pensiones, de suministrar información completa y verás sobre los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones a sus posibles afiliados, en torno a su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, se tiene que el mismo constituye una obligación que se ha venido imponiendo y desarrollado a través de diferentes dispositivos, entre los que se encuentran, entre otros, el Estatuto Orgánico y Financiero (literal f) artículo 72 y numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993), la Ley 100 de 1993, el Decreto 720 de 1994 (artículo 12), la Ley 795 de 2003, el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009, por medio del cual se modificó el literal c) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993¹, la Ley 1741 de 2014, por medio de la cual se adicionó con un parágrafo el artículo 9° de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2071 de 2015.

Así las cosas, es claro que el deber de brindar la debida información a los posibles afiliados, no constituye una obligación para las AFP que resulte ser reciente o novedosa, o que pueda entenderse como superada con la sola suscripción del formato de afiliación y/o traslado, aunque este contenga una cláusula en la que se afirme que la decisión de afiliarse fue libre y voluntaria, pues siempre será necesario y se requerirá que, de manera previa al acto de vinculación o por traslado, que se materializa con la firma del formulario, se acredite que se asesoró debidamente al potencial cliente sobre los beneficios y consecuencias de su decisión, pues de lo contrario, no podría predicarse que el acto de selección del régimen fue debidamente informado, y por ello libre y voluntario.

Sobre el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, tratándose del traslado a un régimen pensional a otro, pueden ser objeto de revisión y son fundamento de esta decisión, entre

¹ El citado artículo indica que las administradoras del RAIS tendrán la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas, y éstos, el deber de manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entienden las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan al fondo.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

otras, las sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, reiteradas en sentencia de 22 de noviembre de 2011 (radicado 33083), sentencia SL12136 de 3 de septiembre de 2014, SL19447-2017, SL 16889-2019, SL 4964 -2018, SL 4689-2018, SL1452-2019 y la providencia SL1421-2019 de 10 de abril de 2019, radicado 56174.

En el presente caso, la Sala estima que fue acertado declarar la ineficacia de la supuesta afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Horizonte S.A. hoy AFP Porvenir SA, como quiera que no se acreditó el cumplimiento de los requisitos de forma consagrados en la ley, correspondientes a la suscripción del respectivo formulario de vinculación y que la selección del régimen haya obedecido a una decisión de carácter libre y voluntaria por parte de la trabajadora.

Así mismo, es importante señalar que sobre la inaplicabilidad de la prescripción respecto de las pretensiones encaminadas a obtener la declaratoria de ineficacia del traslado y/o vinculación de régimen y sus consecuencias, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya tuvo la oportunidad de pronunciarse indicando que dicha figura no resulta aplicable, a las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o para que se reconozca un estado jurídico, es decir, dada la naturaleza declarativa de las pretensiones y el nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como es el de obtener la pensión de vejez y/o jubilación. Al respecto, pueden revisarse las providencias CSJ AL 1663-2018, CSJ AL 3807-2018 y SL- 1421 -2019 (radicado 56174).

Ahora, sobre las sumas que deben ser objeto de devolución tratándose de asuntos relacionados con la declaratoria de ineficacia del acto de traslado o vinculación inicial de régimen pensional, pueden ser objeto de revisión entre otras, las providencias CSJ SL2877-2020; CSJ SL655-2022 y CSJ SL755-2022; providencias en las que se señalan como tales, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, los porcentajes descontados de las cotizaciones efectuadas mes a mes para el pago de gastos de administración, primas de seguros

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión mínima, estos últimos tres rubros debidamente indexados y con cargo a los recursos de la respectiva AFP.

También se estima acertada la decisión de disponer que las referidas devoluciones se hayan concedido frente a Colpensiones, como quiera que está acreditado que, con antelación al mes de enero de 1996, cuando por parte de la entonces AFP Horizonte se empezaron a recibir las cotizaciones de la demandante, ella estaba vinculada a la Caja de Previsión Departamental, que por mandato de la Ley 100 de 1993, pasó a hacer parte del RPM. Entonces, como dicha caja no existe en la actualidad, no queda duda que el regreso de la demandante al RPM debe serlo a través de la única entidad que funge como su administradora, esto es, de Colpensiones.

Por lo tanto, son las anteriores razones las que conducen a confirmar la declaratoria de ineficacia de la vinculación y/o traslado de la demandante al RAIS.

● **Del segundo problema jurídico planteado:**

Respecto de este ítem, relacionado con determinar si fue acertado ordenar a la recurrente AFP Porvenir S.A. que además de las cotizaciones y sus rendimientos financieros, traslade a Colpensiones las sumas que en su momento descontó a título de **gastos de administración y las destinadas al pago de las primas correspondientes a los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes**, así como la **indexación** de dichos conceptos, la respuesta es afirmativa.

De los gastos u cuotas de administración.

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada², la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que cumplen con los requisitos señalados en la ley, es la declaratoria de ineficacia, que no es otra cosa, que desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de

² CSJ SL-1688 de 2019.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

Igualmente, se ha dicho que la declaratoria de ineficacia trae aparejada, en lo posible, la obligación de efectuar entre los contratantes, las respectivas restituciones mutuas, tal y como lo prevé el artículo 1746 del Código Civil, para el caso de la declaratoria de nulidad, que en sus efectos es predicable por analogía a los casos de ineficacia. Por lo tanto, tales restituciones implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a éste, los valores que el citado régimen debió recibir, de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal corresponde al mismo porcentaje en los dos regímenes pensionales, pues así se deriva del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 y artículo 1° del Decreto 4982 de 2007³.

Si bien no se desconoce que tanto en el RPM como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se trata de rubros que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados⁴.

Sobre la devolución de los gastos de administración y/o comisiones, en providencia SL 3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló lo siguiente:

³ Desde el año 2008, el valor de la cotización en los dos regímenes pensionales corresponde al 16% del ingreso base de cotización.

⁴ Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

“Por esto mismo, 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 estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964 – 2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL 1688-2019)”.

Así las cosas, siguiendo la línea jurisprudencial imperante, la Sala estima que fue acertado ordenar a la AFP recurrente, la devolución del rubro denominado gastos y/o comisiones de administración, en tanto se reitera, los efectos de la declaratoria de ineficacia conducen a tener como inexistente el acto de traslado, de ahí que el estado de las cosas es que la cotización completa que recibió el RAIS sea retornada o remitida al RPM.

Así mismo, encuentra la Sala que no es viable disponer que la devolución de los rendimientos generados por las cotizaciones existentes en la cuenta de ahorro individual deban serlo en la proporción de los rendimientos que las cotizaciones habrían generado en el régimen de prima media, en tanto los rendimientos obtenidos, sin importar su cuantía, son el producto de la inversión del capital ahorrado en la CAI, cuyo único titular es el afiliado, de ahí entonces que el dueño de lo principal lo sea también de lo accesorio, pues en caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado a favor de una administradora de pensiones, respecto de quien se declara la ineficacia de traslado, precisamente por incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales.

En consecuencia, cuando se declara la ineficacia del acto de traslado o vinculación al RAIS, no queda duda que, junto con las cotizaciones del afiliado, es también deber de la respectiva administradora devolver los rendimientos del capital abonado en la cuenta individual, pues independiente de su mala o buena fe, se trata de un emolumento que le pertenece al titular de la cuenta, que no es otro que el afiliado.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

De los valores destinados al pago de primas previsionales correspondientes seguros de invalidez y sobrevivientes.

Teniendo en cuenta que, en virtud de lo consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 100 de 1993, las AFP están habilitadas para descontar mes a mes de la cotización obligatoria, un 3% para financiar con el mismo los gastos de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, la Sala estima que la devolución de lo destinado al pago de las referidas primas también resultaba procedente, para de esa manera garantizar que la cotización obligatoria que en su momento dejó de recibir el RPM con ocasión de la vinculación inicial y/o traslado, regrese a éste de manera íntegra, en tanto reservarle a Porvenir valores que hacen parte de la cotización, implica restarle efectos a la ineficacia del traslado como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido y por eso es que la Corte Suprema de Justicia a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

Y es que igualmente no se considera procedente que, para resolver la relación jurídica entre el afiliado y las administradoras vía ineficacia del acto de vinculación inicial y/o 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.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

seguros le corresponde al demandante en este proceso para que se pudiera proferir una decisión en concreto si llegare a ser procedente, por lo que también, por falta de prueba es imposible que prospere la inconformidad respecto a la no devolución de las primas del seguro previsional, que como ya se dijo, se entienden incluidas en la devolución de la cotización completa al RPM.

Precisamente, sobre las sumas que deben ser objeto de devolución tratándose de asuntos relacionados con la declaratoria de ineficacia del acto de traslado o vinculación inicial de régimen pensional, pueden ser objeto de revisión entre otras, las providencias CSJ SL2877-2020; CSJ SL655-2022 y CSJ SL755-2022; providencias en las que incluso, también se señaló la necesidad de que los rubros relacionados con comisiones o gastos de administración, los destinados al pago de los seguros previsionales de las pensiones de invalidez y sobrevivientes y los destinados al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, sean devueltos debidamente indexados, con cargo a los propios recursos de la AFP.

La Sala estima que la devolución indexada de las sumas que en su momento fueron descontadas por concepto de cuotas o comisiones de administración y el pago de las primas previsionales de los seguros de sobrevivientes e invalidez no configura una doble condena, en razón a que el propósito de la indexación es compensar el impacto inflacionario sufrido por los valores descontados por el simple transcurrir del tiempo desde el momento del descuento a la fecha en que sean reintegrados al RPM al que pertenecen.

Así las cosas, la Sala encuentra que no le asiste razón a la apoderada de Porvenir S.A., en cuanto a la no procedencia de la devolución de gastos de administración y valores destinados al pago de primas de los seguros previsionales, así como su indexación, en tanto aceptar tal tesis, como ya se dijo, implicaría restarle efectos a la declaratoria de ineficacia, que por encontrarse ajustada a los preceptos que gobiernan en materia de afiliación y/o selección de régimen pensional y la jurisprudencia que actualmente impera, debe ser confirmada.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Ahora bien, en cuanto a lo manifestado por la apoderada de la AFP Porvenir S.A. sobre la no responsabilidad de esa administradora en relación con las sumas que a título de cuotas de administración y primas de los seguros previsionales se descontaron por su antecesora, Horizonte Pensiones y Cesantías, durante el tiempo que la demandante estuvo vinculada a esa administradora, debe recordarse, a partir de lo preceptuado en el artículo 172 del Código de Comercio, que la sociedad absorbente pasa a heredar todos los derechos y obligaciones de cada una de las sociedades absorbidas, así como sus relaciones jurídicas, y en razón del contenido del artículo 178 de la misma obra, en virtud del acuerdo de fusión, una vez éste se formaliza, la sociedad absorbente adquiere los bienes y derechos de la sociedad absorbida, y se hace cargo de pagar el pasivo interno y externo de las mismas. Por lo tanto, como no se acreditó en el proceso que en su actuar las entidades absorbida y absorbente hayan sido diligentes en el cumplimiento de sus obligaciones en cuanto al deber del suministro de la información debida, están obligadas a responder por las consecuencias derivadas de la declaratoria de ineficacia, entendiéndose la Sala que, como Horizonte Pensiones y Cesantías ya no existe como AFP, precisamente por la cesión por fusión de que fue objeto frente a la AFP Porvenir S.A., es esta última la llamada a responder por las obligaciones que pudieron corresponder a la entidad objeto de absorción.

● **Del tercer problema jurídico:**

Frente a este interrogante, encaminado a determinar si fue acertado ordenar al Municipio de Popayán que procediera a adelantar trámites ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para obtener la expedición de bono pensional por el tiempo que la demandante estuvo vinculada laboralmente al Departamento del Cauca, la respuesta de la Sala habrá de ser negativa, siendo las razones de la misma las siguientes:

Los Bonos Pensionales son títulos de deuda pública que constituyen recursos destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados del Sistema General de Pensiones que está compuesto por el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPM- y el Régimen de Ahorro Individual con

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Solidaridad -RAIS-. Existen varios bonos pensionales, dependiendo de la entidad que sea responsable de su expedición.

Para lo que aquí interesa, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las pensiones se pueden financiar a través de los siguientes recursos: **a)** para los trabajadores que durante toda su vida laboral han aportado al RPM, con el 110% del Fondo Común de ese régimen; **b)** para los trabajadores que pudiendo ser empleados públicos del orden nacional o territorial se trasladaron al RPM antes del 1° de abril de 1994, con cuota parte; **c)** para aquellos trabajadores públicos del orden nacional o territorial que se trasladaron al RPM después del 1° de abril de 1994, con bono pensional tipo B; **d)** para aquellos trabajadores públicos del orden nacional o territorial cuyos empleadores públicos le efectuaron aportes al RPM para una pensión de IVM en el SGP, con bono pensional tipo T; **e)** para aquellos trabajadores que después del 1° de abril de 1994, seleccionaron el RPM, y que el 23 de diciembre de 1993, estaban laboralmente activos en empresas privadas que tenían a cargo sus propias pensiones, con título pensional; y, **f)** para aquellas personas que prestaron sus servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador en pensiones, con cálculo actuarial.

A partir de lo anterior, es claro que, en lo que tiene que ver con bonos pensionales, los únicos que se pueden emitir para financiar las pensiones de los afiliados a Colpensiones, son los bonos tipo "B" y "T", los cuales se emiten a favor de esta entidad, para que pasen a hacer parte de fondo común.

Así las cosas, presentada la solicitud de pensión, Colpensiones debe revisar la historia laboral del solicitante para decidir en qué forma se debe financiar la pensión. Si decide que lo será con un bono pensional, procederá a comunicarle esa situación a la entidad emisora, quien calculará el valor del bono y le informa de tal situación a los contribuyentes del mismo.

Por lo tanto, teniendo claridad que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del traslado, la señora Imelda Mayorga Pipicano pasará

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

nuevamente a hacer parte del RPM a través de Colpensiones, no queda duda de que es esta entidad, la que a partir de la historia laboral de la afiliada y cuando se le eleve la solicitud del reconocimiento pensional, la que deberá determinar si es necesario solicitar la expedición del bono pensional y la entidad encargada de emitirlo.

Luego, entonces, la Sala encuentra que no fue acertado ordenar que sea el Municipio de Popayán, la entidad llamada a adelantar trámites para la expedición del bono pensional ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues aún ni siquiera se ha determinado conforme a las circunstancias particulares de la demandante, que entidades deben aportar para la financiación de la pensión, ni la forma de hacerlo, esto es, a través de un bono pensional o de una cuota parte. Sobre la reglamentación sobre la emisión y redención de bonos pensionales por traslado de servidores públicos al RPM, pueden ser objeto de revisión entre otros, los Decretos 1314 y 1724 de 1994 y 3800 de 2003, entre otros.

Y es que, aunado a lo anterior, también le asiste razón al apoderado del municipio cuando afirma que el tema relativo a los trámites para la expedición del bono pensional, es un aspecto que no fue objeto de litigio, y precisamente es prueba de ello, el contenido del acta de la audiencia de trámite evacuada el 19 de septiembre de 2023, obrante en el archivo *"047ActaAudiencia.pdf"* del cuaderno de primera instancia, que no permite avizorar, estipulación en torno al citado tema, el cual, incluso, ni siquiera en razón de las facultades ultra y extra petita de que goza el juez laboral en primera instancia, era dable definir, en tanto dicha facultad exige como presupuesto que el tema o aspecto se haya alegado y probado en la primera instancia.

Por consiguiente, se habrá de adicionar el ordinal quinto de la parte resolutive de la sentencia dictada en primera instancia, en el sentido de indicar que la orden de declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva allí contenida, también incluye al Municipio de Popayán y se revocará el ordinal sexto, que contenía una orden de la cual era destinatario el mencionado ente territorial.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Al no salir avante el recurso de apelación formulado por la apoderada de la AFP Porvenir S.A., se impondrá a su cargo el pago de las costas de segunda instancia, tal y como deviene de lo consagrado en el artículo 365 del C.G.P.

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: ADICIONAR el ordinal 5° de la parte resolutive de la Sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, el 19 de septiembre de 2023, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL**, adelantado por **IMELDA MAYORGA PIPICANO** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-**, el **MUNICIPIO DE POPAYÁN** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, en el sentido de indicar que la decisión de declarar probada la excepción de fondo de falta de legitimación en la causa por pasiva, también cobija al demandado Municipio de Popayán, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal 6° de la parte resolutive de la sentencia materia de revisión. En lo demás, se confirma la decisión de primera instancia.

TERCERO: COSTAS de segunda instancia a favor de la parte demandante y a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A., a quien se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación. De conformidad con lo consagrado en los artículos 365 y 366 del CGP, una vez ejecutoriada la presente providencia se procederá a fijar por parte del Magistrado

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2019-00301-01
Demandante: Imelda Mayorga Pipicano
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colpensiones y otros.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Sustanciador, el valor de las agencias en derecho, para lo cual la Secretaría de la Sala deberá pasar nuevamente el asunto a despacho.

CUARTO: NOTIFICAR la presente sentencia mediante estado electrónico con inserción de la copia de la providencia en el mismo e igualmente por edicto, que deberá permanecer fijado por un día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y de la SS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

*Firma válida
providencia judicial*



**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO PONENTE**

*Firma válida
providencia judicial*



**LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL**

Con salvamento parcial de voto

*Firma válida
providencia judicial*



**CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL**

Con aclaración de voto

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA SALA, DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL IMELDA MAYORGA PIPICANO, CONTRA PORVENIR Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2019-00301.

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL**

Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	19-001-31-05-2019-001-00301-01
Asunto:	Aclaración de voto

La suscrita magistrada, manifiesta en forma respetuosa que ACLARA VOTO en el asunto de la referencia, pues si bien estoy de acuerdo con la declaratoria de ineficacia, debo resaltar que, si bien, por intermedio de comunicado No. 13 de 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional anunció el cambio de precedente respecto de los procesos ordinarios donde se discute la ineficacia de traslado de los afiliados del RPM al RAIS, por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009.

Frente a tal comunicación, resulta relevante recordar lo dispuesto en auto de 201 de 6 de septiembre de 2013¹ en el que al pronunciarse sobre el alcance de los comunicados de prensa de la Corte Constitucional se señaló:

“Al respecto, esta Sala Especial recuerda que **el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole**^[1]. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

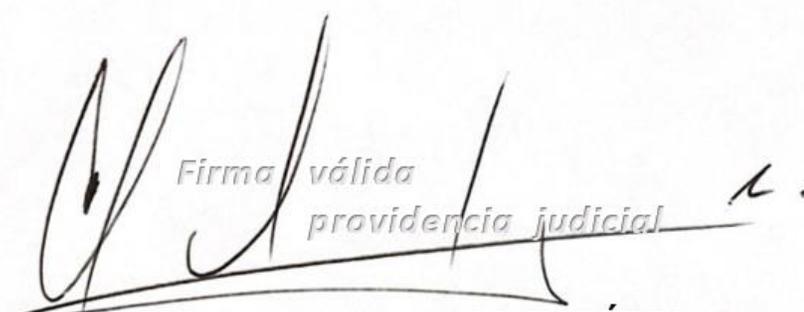
“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional^[2], en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”^[3] y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”^[4].

¹ Auto 201 de 6 de septiembre de 2013. Ref: cumplimiento de la orden duodécima del auto 119 del 24 de junio de 2013. M.P. Luis Ernesto Silva

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”^[5]. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”^[6].”

En consecuencia, no es factible desconocer la existencia del comunicado en mención, toda vez que el mismo se expandió masivamente, sin embargo, no resulta posible, tenerlo como vinculante, pues por su naturaleza, solo tiene el propósito de informar en forma general y abstracta, las decisiones adoptadas por las Salas de la Corte Constitucional, sin que se especifique detalladamente las situaciones particulares del caso, ni la *ratio decidendi* en que se funda.

En los términos referidos dejo fundamentada mi ACLARACIÓN DE VOTO.


Firma válida
providencia judicial

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL
(ACLARACIÓN DE VOTO)