

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, doce (12) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARIA DEL SOCORRO BOTELLO GORDILLO
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES 2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICADO N°	19001-31-05-001-2019-00345-01
INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA Y CONSULTA.
TEMA	INEXISTENCIA TRASLADO DEL RPM AL RAIS – PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	Se adiciona el ordinal primero para ordenar a PORVENIR S.A. (i) la devolución de las primas para la adquisición de los seguros provisionales; (ii) las cotizaciones obligatorias que recibió de la demandante, con destino a la garantía de la pensión mínima y (iii) se niega el traslado de los valores pagados por concepto de sumas adicionales de la aseguradora. En lo restante se confirma la sentencia de primera instancia.

1. ASUNTO A TRATAR

Agotadas las etapas procesales y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, de conformidad con lo señalado en el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, integrada por los Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado ponente, procede a proferir sentencia escrita que resuelve los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por las apoderadas judiciales de la parte demandada PORVENIR S.A y COLPENSIONES E.I.C.E y el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de COLPENSIONES E.I.C.E, frente a la Sentencia proferida en primera instancia el veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021), por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, Cauca, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda

Pretende la demandante: **(i) Se declare** que PORVENIR S.A. omitió cumplir sus obligaciones legales de suministro de información objetiva y veraz respecto a la demandante, al efectuar el traslado o vinculación al RAIS; **(ii)** Que al momento de efectuarse el cambio del RPMPD al RAIS no existió voluntad de la demandante, ni alguna clase de información; **(iii)** Que se declare la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, de la demandante, ocurrido el 14 de marzo del 2000; y **(iv)** que se declare que PORVENIR S.A., como actual administradora donde se realizan aportes, debe restablecer a la demandante su condición de afiliada al régimen de prima media que ostentaba, con el traslado de la totalidad de los dineros recibidos por aportes y bonos pensionales.

Consecuencialmente, solicita; **(v)** se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, rendimientos causados y asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, e incluso, los gastos de administración en que se hubiere incurrido; **(vi)** se condene a COLPENSIONES a aceptar y recibir a la actora como afiliada al RPMPD y **(vii)** se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas (páginas 40 a 58, archivo No. 01, expediente digital de 1ra instancia).

Como ***fundamentos fácticos***, señala que nació el 26 de abril de 1961; se encuentra cotizando a seguridad social en pensión desde el año 1986, como se demuestra en la historia laboral expedida por COLPENSIONES.

Que, desde el mes de marzo del año 2000, apareció vinculada a la AFP HORIZONTE pensiones y cesantías, entidad con la que aduce, nunca firmó formulario de vinculación o traslado.

Que posteriormente se llevó a cabo proceso de fusión por absorción entre la AFP HORIZONTE y la AFP PORVENIR, en consecuencia, PORVENIR S.A. adquirió la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de HORIZONTE.

Que a partir del mes de octubre del año 2001 la demandante fue vinculada a la AFP PORVENIR, entidad con la que afirma, tampoco recuerda haber suscrito el formulario de afiliación No. 016397 que se aporta con la demanda.

Sostuvo que en razón a que la firma que aparece en el formulario de traslado al RAIS no es la suya, interpuso queja ante PORVENIR S.A., solicitando la nulidad de su afiliación; entidad

que realizó análisis grafológico y mediante oficio del 27 de agosto de 2018 le informó la suspensión de la afiliación, comunicándole que los aportes realizados se encuentran en la cuenta general de dicha AFP con el fin de iniciar el proceso de devolución de aportes.

Agregó, mediante escrito del 9 de noviembre de 2018, PORVENIR S.A. informó que los aportes pensionales fueron girados a COLPENSIONES, por el proceso de “NO VINCULADOS” que se tramita entre regímenes y/o administradoras.

Que a través de escrito del 25 de septiembre de 2018 la demandante elevó derecho de petición ante COLPENSIONES para que se activara su afiliación a dicha entidad y obtuvo respuesta negativa mediante oficio de octubre del 2018.

En virtud de lo anterior, indica que acudió a la Fiscalía por la comisión del ilícito de falsedad personal, encontrándose en trámite ante la Fiscalía No. 12, bajo la noticia criminal No. 190016000601201803905 y que mediante oficio del 5 de agosto (sic), PORVENIR le manifestó que, en el sistema de afiliación de afiliados a los fondos de pensión, su afiliación está asignada a COLPENSIONES, quien es la competente para activar su vinculación.

Indicó, además, que actualmente se encuentra laborando en la Institución Educativa Francisco Antonio De Ulloa, realizando aportes a seguridad social integral; cuyas cotizaciones no se ven reflejadas en la historia laboral de ninguna de las AFP accionadas.

2.2. Contestación de COLPENSIONES

Colpensiones, a través de su apoderada judicial, haciendo uso del derecho a la defensa, señaló que no es procedente la nulidad

del traslado que pretende la actora, por no haberse acreditado que la demandante no haya recibido la asesoría idónea y por encontrarse prescrita la acción correspondiente.

Agregó que, en el evento de declararse la ineficacia del traslado, se ordene a PORVENIR S.A. que traslade la totalidad de los aportes al RPMD, en los que se incluyan los recursos cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, así como asumir la merma en el capital destinado a la financiación de la prestación pensional.

Formuló las siguientes excepciones de fondo o perentorias: *“Inexistencia de la obligación – improcedencia de declarar ineficacia del traslado de regímenes pensionales; 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; cobro de lo no debido y prescripción”*. (páginas 85 a 92, archivo No. 01, expediente digital de 1ra instancia).

2.3. Contestación de PORVENIR S.A.

El Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., en ejercicio de su derecho a la defensa, contestó la demanda a través de su apoderada judicial, y, luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, **se opuso a todas las pretensiones**, con fundamento en que se anuló la afiliación de la demandante y se informó a COLPENSIONES a través del sistema de información de los afiliados a las administradoras de fondos de pensiones, dicha novedad, a fin de que COLPENSIONES procediera a activar la vinculación de la demandante.

Sostuvo que trasladó los aportes consignados a Colpensiones mediante el proceso de NO Vinculados, de lo cual se reportó la respectiva novedad a Colpensiones, quien debe activar la vinculación de la actora y que siempre ha actuado de buena fe.

Las excepciones de mérito que formuló fueron: “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas”, “buena fe”, “inexistencia de la obligación alguna a cargo (sic) de PORVENIR S.A.” e “innominada o genérica” (páginas 217 a 225, archivo No. 01, expediente digital de 1ra instancia).

2.4. Concepto emitido por la Procuradora 12 Judicial I para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social.

Indicó que no le constan los hechos y se atiene a lo que resulte probado; hizo referencia a criterios legales y jurisprudenciales en torno al tema debatido y sostuvo, en el caso que nos ocupa la violación al deber de información resulta aún más evidente pues el traslado está mediado por la suscripción de un formulario cuya firma, que da cuenta del consentimiento libre y voluntario para el cambio de régimen, no corresponde a la firma de la afiliada tal como ha sido dictaminado a través de prueba técnica, por tanto ningún efecto puede derivarse del traslado así efectuado.

Reprochó además la conducta de COLPENSIONES al rehusarse a aplicar los aportes trasladados por la AFP en la historia laboral de la afiliada, estando demostrado que dicho traslado nunca existió, pues de ello da cuenta la prueba técnica y lo aceptado la propia Administradora de Fondos de Pensiones del RAIS, avocando innecesariamente a la afiliada a acudir ante la administración de justicia en procura de obtener declaración judicial de la ineficacia del traslado.

Resaltó que la presente controversia y la actitud asumida por las Administradoras de Fondos de Pensiones vulneran el derecho a la seguridad social y el derecho a la información de que gozan los afiliados del Sistema General de Pensiones y consideró que las pretensiones están llamadas a prosperar. (páginas 101 a 105, archivo No. 01, expediente digital de 1ra instancia).

2.5. Decisión de primera instancia

El Juzgado Primero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021) y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar sentencia No. 019, en la cual: **(i) Declaró** la inexistencia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS, sucedido el 14 de marzo de 2000 y ordenó a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración de la actora, para el periodo comprendido entre el 14 de marzo de 2000 al 31 de agosto de 2018, debidamente indexados.

En consecuencia, **(ii) ordenó** a COLPENSIONES aceptar la afiliación de la demandante y recibir todos los valores trasladados por PORVENIR, que se encuentran en la cuenta de no vinculados – multifondos y los gastos de administración; **(iii) ordenó** a COLPENSIONES realizar las gestiones pertinentes con el fin de obtener las cotizaciones de la demandante para el periodo posterior a la anulación de la afiliación de esta a PORVENIR; **(iv) Declaró** no probadas las excepciones de mérito formuladas por PORVENIR y COLPENSIONES y **(v) Condenó** en costas a las demandadas Porvenir S.A. y COLPENSIONES.

TESIS DEL JUEZ: Sostuvo que, de acuerdo a criterios jurisprudenciales de la Sala Laboral de la CSJ, se explica la

diferencia entre las figuras jurídicas de nulidad, ineficacia e inexistencia.

Señaló que en este caso obra un formulario de afiliación del 14 de marzo de 2000, en el cual presuntamente la demandante estaba solicitando su traslado del ISS que administra el RPMPD al fondo de pensiones HORIZONTE; y aparece una firma de la señora BOTELLO en el espacio para el afiliado en el recuadro donde se denomina voluntad de selección y afiliación que trae el consentimiento preimpreso del afiliado.

Que posteriormente observa formulario del 21 de noviembre de 2001, también a PORVENIR, en donde hay un espacio que se denomina voluntad del afiliado y también aparece una firma con el número de cédula de la demandante

Advirtió, después de que la demandante adelantó los trámites para que se anulara su afiliación, teniendo en cuenta que según lo expresaba ella, la firma, no era la suya, se realizó un dictamen grafológico al cual hizo mención y que el 27 de agosto de 2018, PORVENIR le informó a la demandante: De acuerdo con su solicitud relacionada con la anulación de la afiliación y basada en los hechos que motivan su reclamación, suspendió los trámites de solicitud de vinculación al fondo de pensiones obligatorias que estaba a su nombre y remitió estudio grafológico efectuado que soporta la decisión de invalidar la afiliación.

Agregó que el 31 de agosto de 2018, PORVENIR giró los aportes a COLPENSIONES a la cuenta de no vinculados multifondos y que actualmente la demandante no se encuentra ni en el régimen de ahorro individual ni en el RPMPD; porque PORVENIR anuló su afiliación al RAIS, pero COLPENSIONES no quiere activar la afiliación en el RPMPD.

Sostuvo, en este caso, no se puede hablar como tal de una ineficacia de la afiliación, porque parte de la base de que el acto jurídico es existente y válido; y del tipo de información que se le brinda a los potenciales afiliados al momento del cambio de

régimen como lo ha señalado la CSJ, en su sala de Casación laboral.

Adujo que en este trámite, faltó un elemento sustancial para que se hubiese dado vía a ese negocio jurídico; hizo mención al artículo 1502 del C.C., que señala los requisitos para obligarse; y concluyó que, como lo demostró el dictamen grafológico que se hizo por parte de PORVENIR, no era la firma de la demandante, sino una firma falsificada en ambos formularios, tanto en el de HORIZONTE como en el de PORVENIR, lo cual trae consigo que no haya existido voluntad por parte de la demandante en ese cambio de régimen pensional y que al carecer de uno de esos elementos esenciales para que cualquier negocio nazca a la vida, la consecuencia jurídica es la inexistencia de ese acto, es decir, como si nunca se hubiese efectuado ese traslado.

De otro lado, argumentó que ya existe un dictamen grafológico y no se entiende por qué COLPENSIONES efectúa determinadas exigencias a la actora, cuando dicho dictamen no se controvertió; que negarse a activar esa afiliación es una vulneración del derecho a la seguridad social de la demandante, pues desde el año 2018 que se hizo la invalidación y a la fecha, la actora ha estado en un limbo jurídico frente al tema de su afiliación a un régimen pensional, pues ni se encuentra en el RPMPD, tampoco en el RAIS, pero sí se le hacen los descuentos normales, mensualmente, sin saber hasta el momento en qué parte se encuentran esos aportes.

Indicó además, revisada la historia laboral de COLPENSIONES donde están relacionados todos los periodos hasta la fecha de presentación de la demanda, en el año 2019, desde el año 2000 no hay ningún aporte pues todos aparecen en cero y reprochó la actitud de COLPENSIONES, señalando que debe aceptar la afiliación de la demandante, gestionar y obtener los aportes que se encuentran en la cuenta de no vinculados, que fueron trasladados por PORVENIR, así como los aportes que se

realizaron con posterioridad, para que hagan parte de la historia laboral de la demandante.

De otro lado, reprendió la conducta de PORVENIR, indicando que tenía una obligación de brindar una información necesaria y transparente y no se gestionó ningún tipo de información.

Resaltó que si bien el traslado fue a HORIZONTE; a partir de enero del año 2014 HORIZONTE y PORVENIR se fusionaron y que por esa fusión PORVENIR también asume las cargas o las obligaciones de HORIZONTE y por ende, debe responder por esa omisión que se presentó en marzo del 2000 y con mayor razón por la omisión del 21 de noviembre del 2001, porque fueron los dos formularios los que se falsificaron y ni HORIZONTE ni PORVENIR cumplieron las obligaciones que tenían a su cargo de brindar una información necesaria y transparente.

Expuso, que no hay lugar a decretar la prescripción con base en sentencia de la CSJ.

A su vez, señaló que si bien PORVENIR trasladó los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante a la cuenta de no vinculados, también tiene la obligación de trasladar los gastos de administración conforme a jurisprudencia a la que hizo mención y que si bien se habla de nulidad, en la sentencia en la que hizo mención previamente, la corte ha señalado que tanto la nulidad como la inexistencia y la ineficacia en sentido estricto, tienen las mismas consecuencias que son volver todo como si no hubiera pasado nada y en este caso, a pesar que se declara la inexistencia, también se van a ordenar que se paguen los gastos de administración, teniendo en cuenta que hubo una responsabilidad del fondo privado, al no haber brindado una información, que si la hubiese brindado, no se hubiese falsificado la firma de la demandante.

Consecuencialmente, ordenó a PORVENIR devolver los gastos de administración desde el año 2000 hasta la fecha en la cual hizo el traslado de los aportes a la cuenta de no vinculados, el 31 de

agosto de 2018 y condenó en costas a ambas entidades demandadas.

2.6. Recurso de apelación de PORVENIR

Se transcribe del audio, así:

“Interpongo recurso de apelación frente a la orden de devolver suma alguna diferente a la ya girada a Colpensiones mediante el proceso de no vinculados dispuesto para tal fin mediante el aplicativo SIAP.

Se llama la atención que el aplicativo SIAP es un sistema que funciona con novedades enviadas por las AFP y COLPENSIONES. Para el proceso de no vinculados existe un proceso ya establecido en donde las AFP -origen de los aportes de los no vinculados- deberá realizar los pagos correspondientes a los rasgos para los que la SIAP le envía una respuesta.

Para el caso de Porvenir S.A. ya realizó la novedad y giró a Colpensiones mediante SIAP los dineros recibidos, quedando únicamente pendiente que Colpensiones proceda con lo que le corresponde. Así las cosas, solicito a los señores Magistrados que no se acceda a la solicitud de la demandante frente a Porvenir, dado que mi representada cumplió con lo que le correspondía y al detectar las irregularidades presentadas en el formulario de vinculación de la demandante procedió a anular su cuenta de ahorro pensional y a trasladar mediante el proceso de no vinculados, dispuesto para tal fin, los dineros que fueron depositados en la cuenta de ahorro pensional.

Se llama la atención que la demandante no se encuentra vinculada a Porvenir y ya se efectuó el reporte del aplicativo SIAP y ya se giró a Colpensiones los dineros recibidos mediante el proceso de no vinculados. Es todo su señoría”.

2.7. Recurso de apelación de COLPENSIONES

Se transcribe del audio, así:

“Colpensiones también presenta recurso de apelación contra la sentencia que se ha dictado en esta diligencia.

*Consideramos y solicitamos al H. Tribunal que en el evento en que confirme la sentencia, **adicione**, se disponga que además de declararse que Porvenir realice la devolución de los gastos de administración indexados desde el año 2000 al 2018 como lo dispuso el señor Juez; **también se ordene, que se ordene también como sumas a trasladar a Colpensiones, por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esa AFP, lo concerniente a los rendimientos financieros, las sumas adicionales de la aseguradora**, en caso que no se hubiese realizado esta devolución a Colpensiones, toda vez que de acuerdo con las documentales anexas al expediente Porvenir informa que solamente trasladó lo concerniente a los aportes.*

No hay certeza de si se trasladaron los rendimientos y las sumas adicionales.

Por lo tanto, solicitamos al Tribunal que, en el evento, repito, de confirmarse esta decisión, también se incluyan estos valores a devolver por parte de la AFP durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa AFP, pues la responsabilidad de la situación de la falsedad del traslado, en modo alguno es responsabilidad ...aquí se saltó el audio y no se escucha....y se debe tener en cuenta que esta afiliación irregular por parte de la demandante a la AFP sucedió por casi 18 años, 18 años en los cuales pues se hayan generado estos valores que deben ser trasladados a la AFP al declararse la inexistencia del traslado al RAIS como se ha hecho en esta diligencia.

Por lo tanto, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que se diera, es decir, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiese producido, lo que acarrea como consecuencia la devolución no solo de los aportes como al

parecer lo hizo la AFP Porvenir, sino también lo concerniente a los rendimientos y las sumas adicionales de la aseguradora, repito, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa AFP. En esos términos dejamos sustentado el recurso”

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

La apoderada judicial de Colpensiones, se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, y sostiene que, en el evento en que el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán confirme la decisión del A quo de declarar la inexistencia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS, sucedido el 14 de marzo de 2000, además de los gastos de administración para el periodo comprendido entre el 14 de marzo de 2000 al 31 de agosto de 2018 (debidamente indexados), también se trasladen a COLPENSIONES los rendimientos y las sumas adicionales causados en dicho periodo (14 de marzo de 2000 al 31 de agosto de 2018), teniendo en cuenta que en este asunto particular la afiliación de la demandante al RAIS se derivó de la falsedad en la firma de la demandante, en el formulario de afiliación que suscribió ante PORVENIR S.A., acto únicamente atribuible a la AFP PORVENIR S.A., y no a COLPENSIONES, pues no tuvo ninguna participación en el acto de traslado, en la falsificación de la firma del formulario de afiliación ni mucho menos en la irregular afiliación de la actora al RAIS.

Agregó que al declararse la inexistencia de esa afiliación, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES todos los valores causados y generados dentro del RAIS, máxime en este

asunto, donde la AFP no gestiono ningún tipo de información para probar la veracidad de los datos que suministró la demandante, incumpliendo entonces HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. en la obligación que le asiste de brindar información necesaria y transparente a sus afiliadas, máxime cuando la falsificación en este asunto se presentó en los dos formularios que la actora suscribió al RAIS.

Finalmente, argumentó, tanto la nulidad como la inexistencia del traslado aquí declarada, tienen los mismos efectos de la declaratoria de ineficacia, por tanto, la AFP debe trasladar al RPM todos los valores generados o causados dentro del RAIS como consecuencia de la irregular afiliación, incluidos los rendimientos financieros y las sumas adicionales. (archivo No. 10, expediente digital de 2da instancia).

Los apoderados de las partes demandante y demandada PORVENIR S.A., guardaron silencio dentro del término de traslado que fue concedido para presentar alegaciones en esta instancia (archivo No. 11, expediente digital de 2da instancia).

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

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

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

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

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

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

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

5. ASUNTOS POR RESOLVER

La Sala Laboral resuelve los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS**:

5.1. En virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido a favor de Colpensiones, se estudiará:

¿Procede la declaración de inexistencia del traslado de la afiliación de la demandante, del RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, al RAIS administrado por la AFP HORIZONTE hoy Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.?

5.2. De ser procedente la declaración de inexistencia del acto de traslado de régimen pensional, en respuesta al tema sustentado en la apelación de Colpensiones y Porvenir S.A., se pasa a analizar:

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico ordenar a Porvenir S.A., que además de las cotizaciones que se hallen en la cuenta de ahorro individual de la actora y que ya fueron objeto de devolución por PORVENIR S.A.; se trasladen también los rendimientos, las sumas adicionales de las aseguradoras y se ordene la devolución de los gastos de administración indexados?

5.3. En sede de consulta en favor de Colpensiones, se verificará, si procede adicionar la sentencia de primera instancia, para condenar a PORVENIR S.A. a la devolución de los valores pagados por las primas para la adquisición de los seguros previsionales; y de las sumas por concepto de la garantía de pensión mínima, conforme lo solicitado en la contestación de demanda por Colpensiones (página 87, archivo No. 01, expediente digital de 1ra instancia.

5.4. Finalmente, en sede de consulta se deberá verificar también la legalidad de la negativa a la declaración de la excepción de prescripción, alegada por Colpensiones.

6. RESPUESTA SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA INEXISTENCIA DEL TRASLADO

Tesis de la Sala: La Sala concluye, se debe **CONFIRMAR** la declaración de inexistencia del traslado del RPM al RAIS, contenida en la sentencia objeto de consulta, porque de acuerdo a las pruebas decretadas y practicadas en el proceso, en

concordancia con la contestación de AFP Porvenir S.A., se advierte la ausencia de voluntad y consentimiento de la demandante en el traslado del RPMPD al RAIS, surtido en el año 2000; hecho que se constata especialmente con el informe del análisis grafológico que realizó PORVENIR S.A. y que concluyó la irregularidad por falsificación de firma de la afiliada, en los formularios de afiliación correspondientes.

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas:

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

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

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

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

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

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

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

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

(... ...)

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

(... ...)

Según el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su texto original aplicable al presente caso, el traslado entre los dos

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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 2000:

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 2000, 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. (... ...)

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 ibídem, el cual consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos incumbe al que ha debido emplearlo.

6.9. atendiendo a las circunstancias particulares del caso que nos ocupa, es pertinente traer a colación el concepto de inexistencia y lo expuesto en tal sentido por la CSJ-SCL en sentencia SL4360-2019, radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, en la cual se indicó:

“Para dilucidar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto, la Corte juzga necesario precisar lo siguiente frente a la figura jurídica de la ineficacia en sentido lato y algunas de sus diversas expresiones (inexistencia, nulidad e ineficacia en sentido estricto):

Cuando se alude a la ineficacia en sentido amplio, se hace referencia a todos los defectos o anomalías, de cualquier clase, que impiden que el acto jurídico produzca sus efectos o deje de producirlos. Cubre todas las causas que perturban su eficacia y comprende diversas reacciones del ordenamiento jurídico tales como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa o la ineficacia en sentido estricto, que con mayor o menor intensidad golpean el acto o negocio jurídico².

Un acto jurídico es inexistente cuando se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para

² Según la doctrina autorizada, la ineficacia del negocio jurídico en sentido lato o amplio «abarca todo fenómeno privativo de consecuencias del negocio, y comprende desde la inexistencia hasta la simple reducción del exceso y la inoponibilidad, pasando por la nulidad, la anulación, la rescisión, la revocación» (Hinestrosa, F., Tratado de las obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico vol. II, cit., p. 683)

su formación (ad substantiam actus) o cuando falta alguno de sus elementos esenciales. El acto así formado carece de existencia ante el derecho o, dicho de otro modo, no tiene vida jurídica y, por tanto, no produce ningún efecto.³

En cualquiera de sus modalidades (absoluta y relativa), la nulidad es una sanción que impide que el acto jurídico produzca efectos desde el momento de su formación, por faltarle alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes (artículo 1740 del Código Civil). En este evento, el acto existe, pero está viciado por falta de alguno o algunos de los elementos de validez.

Finalmente, la ineficacia en sentido estricto supone un acto jurídico existente y válido, pero que no produce sus efectos finales o queda privado de ellos por expresa disposición del legislador. La Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que «la ineficacia en sentido propio o restringido, consiste en la alteración de los resultados finales de la figura [...] sin afectar su validez».⁴

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.”

Más adelante, en la misma providencia, se indicó:

“(...) Ahora bien, no niega la Corte que en determinados casos el traslado pueda estar afectado o menguado en sus efectos por otras vicisitudes que lo golpean. Por ejemplo, cuando el afiliado no presta su

³ Negrita fuera de texto original

⁴ Cas. 21 de mayo de 1968, CXXIV, n.º 2297-2299, p. 168

consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo caso el asunto debe abordarse desde el campo de la inexistencia. Lo que quiere recalcar es que cuando la alegación sea la falta de información (lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez), el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia.”⁵

6.10. En cuanto a las consecuencias jurídicas de la declaración de inexistencia en sentido estricto, precisó la CSJ-SCL en la misma sentencia SL4360-2019, radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019:

*“En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado 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»** (CSJ SC3201-2018).⁶*

Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o

⁵ Negrita fuera de texto original

⁶ Negrita fuera de texto original

contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.”

De lo anterior se desprende entonces, que cualquiera que sea la figura jurídica declarada, esto es, nulidad, inexistencia o ineficacia en sentido estricto, la consecuencia es siempre la misma, todo debe retornar al estado en que se hallaría si no hubiese existido dicho acto de afiliación.

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 la información consignada en historia laboral de la demandante, emitida por COLPENSIONES, se constata que a favor de la señora MARIA DEL SOCORRO BOTELLO GORDILLO, se realizaron cotizaciones a partir del 27 de enero de 1986 y hasta el 30 de abril del año 2000 (página 4 y siguientes, archivo No. 01, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.2. Está probada la existencia de formato denominado “solicitud de vinculación”, No. 853324 del 14 de marzo de 2000, presuntamente suscrito por la demandante, mediante el cual se solicitó el traslado de régimen, a la entonces AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS; e igualmente, formato “solicitud de vinculación o traslado”, No. 01639790 del 21 de noviembre de 2001, solicitando traslado de AFP a PORVENIR S.A., igualmente con firma en el acápite denominado “voluntad del afiliado” que aparentemente correspondía a la aquí demandante (páginas 179 y 180, archivo No. 01, expediente digital de 1ra instancia)

6.11.3. Según historial de vinculaciones de ASOFONDOS y la relación histórica de movimientos en Porvenir, de la cuenta individual de la actora, aportada al proceso (páginas 155 y 181 y siguientes, archivo No. 1, expediente digital de 1ra instancia), se constata que la señora MARIA DEL SOCORRO BOTELLO GORDILLO fue afiliada el 14 de marzo del 2000 al RAIS, a través de la AFP HORIZONTE; y el 21 de noviembre de 2001 se dio el traslado automático a PORVENIR.

6.11.4. Del análisis de la contestación de la demanda, por PORVENIR S.A., específicamente a los hechos 3 y 6; en concordancia con el documento titulado “informe análisis

grafológico” del 1 de agosto de 2018, suscrito por LUIS ALFREDO ARCHILA BAEZ, en calidad de perito en documentos cuestionados investigaciones PORVENIR S.A.; el cual se aportó por la demandante y posteriormente por PORVENIR S.A., sin que hubiere sido objeto de tacha ni objeción alguna en el trámite; se constata que se encontraron irregularidades en las firmas registrada en los dos formularios de afiliación No. 853324 y 01639790 respectivamente, aduciéndose la falsificación de la firma del afiliado, conforme se expuso expresamente en el citado documento (páginas 170 a 172, archivo No. 01, expediente digital de 1ra instancia):

La señora **MARIA DEL SOCORRO BOTELLO GORDILLO** identificada con la C.C. No. 34.541.870 en carta radicada ante Porvenir, de fecha 27 de Julio de 2018, manifiesta...
“aparezco afiliada con el fondo porvenir, entidad con la que no firme nunca un formulario de afiliación,”

Teniendo en cuenta la queja mencionada, se procedió al estudio de la firma y validación de los formularios de afiliación identificados con los Folios Nros. 853324 y 1639790 de fechas 14 de Marzo de 2000 y 21 de Noviembre de 2001, los cuales se gestionaron en la ciudad de Popayán y aparecen relacionado al número de cedula de la citada persona. Presentan saldo a la fecha.

FIRMA INDUBITADA: Registrada en la carta de reclamación radicada ante Porvenir, con diligencia de autenticación ante notario.

FIRMA DUBITADA: Registrada en los formularios de afiliación Nros. 853324 y 1639790

Diferencias en el Análisis:

Inclinación de la firma, espacios interliterales, gráficos y velocidad en el ritmo de la escritura.

Mediante el cotejo de las firmas se pudo observar Discrepancias en los movimientos generadores de los trazos, extensión, desplazamiento, y ubicación en el espacio gráfico, concluyendo que la signatura que suscribe el formulario de afiliación referido no se identifica con la firma autógrafa de la titular.

IRREGULARIDAD POR FALSIFICACION DE FIRMA DEL AFILIADO

Se asignara la tarea al área de Atención Integral al Cliente para la gestión y respuesta correspondiente.

El presente informe se anexará como parte integral al Expediente Administrativo que se lleva en la Gerencia de Auditoria de Porvenir S.A.

6.11.5. Igualmente se verifica, a través de documental del 27 de agosto de 2018, PORVENIR S.A. comunicó a la demandante la suspensión del trámite de solicitud de vinculación que estaba a su nombre y a su vez, mediante documento fechado del 9 de noviembre de 2018, reitera lo expuesto, informando que le

comunicó a COLPENSIONES la novedad de anulación de la cuenta, a través del sistema de información de los afiliados a las administradoras de los fondos de pensión y que los aportes recibidos por concepto de pensión a su nombre, se giraron ante COLPENSIONES por el proceso de “no vinculados”. (páginas 21-24, archivo No. 01, expediente digital de 1ra instancia).

Obra en tal sentido también, documento denominado “DETALLE DE APORTES (REZAGOS) GIRADOS EN EL PROCESO NO VINCULADOS A OTRA AFP” (página 210 y siguientes, archivo No. 01) que detalla los conceptos que fueron devueltos por PORVENIR S.A. a COLPENSIONES y que tampoco fue controvertido por las partes.

6.11.6. Finalmente, se verifica la siguiente constancia expedida por la Fiscal 04 local (página 27, archivo No. 01):

	PROCESO INVESTIGACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN		Código: FGN-20-F-12
	CONSTANCIA		Versión: 01 Página 1 de 1

Departamento CAUCA Municipio POPAYÁN Fecha 2019/07/07 Hora: 11:25

1. Código único de la investigación:

19	001	60	00601	2018	03905
Dpto.	Municipio	Entidad	Unidad Receptora	Año	Consecutivo

2. Descripción del asunto (indique brevemente los motivos de la constancia):

La suscrita Fiscal, por solicitud escrita de fecha 08 de Julio de 2019 realizada por la María Del Socorro Botello Gordillo,

HACE CONSTAR

Que el Despacho de la Fiscalía Cuarta Local de ésta ciudad se encuentra conociendo e investigando bajo el número de noticia criminal No. 190016000601201803905, la presunta comisión del ilícito de Falsedad Personal, donde funge como víctima la señora María Del Socorro Botello Gordillo, por hechos de fecha 17 de Julio de 2018, indicando que al parecer una persona desconocida suplantó su firma y huella para llevar a cabo afiliación a Porvenir; proceso que a la fecha se encuentra en etapa de indagación.

CONCLUSIONES:

1. Probado está, la demandante estuvo cotizando para pensiones, desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y bajo estas normativas, especialmente, el literal A del artículo 12 de la ley 100 de 1993, se considera que la demandante ha estado afiliada al RPM desde enero de 1986, data en que aparece la primera cotización realizada a su favor y ante el hecho probado de la falsedad de las firmas en los formularios de traslado al RAIS en marzo del 2000, por intermedio de la AFP HORIZONTE y del traslado automático del 2001 a PORVENIR S.A., se infiere que tales traslados son inexistentes, como a bien lo resolvió el Juez de Primera Instancia.

A esta conclusión se arriba, del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados con la demanda y su contestación y que no fueron controvertidos ni tachados por las partes.

En efecto, PORVENIR S.A., a través de informe grafológico, constató una irregularidad por falsificación de la firma de la demandante en los formularios No. 853324 del 14 de marzo de 2000 y No. 01639790 del 21 de noviembre de 2001, respectivamente, en virtud de los cuales se surtió el traslado de la demandante del RPMPD administrado por el entonces ISS, al RAIS, (inicialmente a la AFP HORIZONTE y posteriormente a PORVENIR S.A.).

Probado el hecho de la falsificación de las firmas, la consecuencia jurídica es la inexistencia de los mencionados traslados, derivados de una evidente ausencia de voluntad y consentimiento de la señora MARIA DEL SOCORRO BOTELLO GORDILLO respecto de tales actos del traslado, conforme a lo expuesto en la sentencia de la CSJ-SCL SL4360 del 2019, citada en acápite que anteceden.

2. Acorde con todo lo expuesto, procede confirmar la declaración de inexistencia del traslado contenida en la sentencia objeto de apelación y consulta, resaltándose que la afiliación de la demandante siempre ha estado y permanece en el RPM administrado por COLPENSIONES y en tal sentido se avala también la orden a COLPENSIONES de recibir todos los valores trasladados por PORVENIR y los gastos de administración, así como realizar las gestiones pertinentes con el fin de obtener las cotizaciones de la demandante para el periodo posterior a la anulación de la afiliación por parte de PORVENIR; resaltándose el deber de la AFP de consolidar en debida forma la historia laboral de la demandante, dada su calidad de administradora del RPM al que válidamente se encuentra afiliada la demandante, en virtud de la declaratoria de inexistencia de su traslado al RAIS.

7. SOBRE EL TRASLADO A COLPENSIONES DE LOS RENDIMIENTOS, LAS SUMAS ADICIONALES DE LAS ASEGURADORAS Y LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN INDEXADOS

Tesis de la Sala. Procede la orden de trasladar los rendimientos financieros obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, no obstante, frente a estos últimos, se constata que ya fueron objeto de devolución por parte de PORVENIR S.A., conforme a documento titulado: “DETALLE DE APORTES (REZAGOS) GIRADOS EN EL PROCESO NO VINCULADOS A OTRA AFP” (página 210 y siguientes, archivo No. 01) que relaciona los conceptos que trasladó PORVENIR S.A. a COLPENSIONES y en el cual consta la columna denominada “rendimientos”, documental que no fue controvertida por las partes.

En cuanto a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, procede adicionar la decisión del Juez de Instancia para negar el traslado de dichas sumas adicionales, que fueron

objeto de los pedimentos de la demanda y frente a las cuales el A quo no se pronunció, siendo además motivo de alzada por parte de COLPENSIONES, resaltándose que su traslado solo opera como obligación para las aseguradoras con las que contrata el seguro colectivo para cubrir las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

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

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

7.1. Obra en el expediente documento denominado “detalle de aportes (rezagos) girados en el proceso no vinculados a otra AFP” (página 210 y siguientes, archivo No. 01) que relaciona los conceptos que fueron devueltos por PORVENIR S.A. a COLPENSIONES y que no fue controvertido por ninguna de las partes, en dicho escrito se constata principalmente la devolución de cotizaciones y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES, en el periodo comprendido de mayo del 2000 a septiembre de 2018.

En consecuencia, no es procedente emitir orden alguna respecto a la devolución de rendimientos, conforme se petitionó por COLPENSIONES en la alzada, pues de la documental en mención, se verifica que ya fueron trasladados por PORVENIR S.A. y es su deber como administradora del RPMPD, gestionar lo pertinente para que se reflejen en forma definitiva en la historia laboral de la demandante.

7.2. COLPENSIONES peticiona en su apelación, se ordene a PORVENIR S.A. que devuelva lo referente a las sumas adicionales, pedimento que además fue solicitado en la demanda y no fue materia de pronunciamiento por el A quo.

De conformidad con los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, prevén que las pensiones de invalidez y sobrevivientes se financiarán con la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, el bono pensional, si a este hubiere lugar, y la “suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión”. Esta mesada adicional, que señala de manera expresa las normativas en cita, se encuentra a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes.

Así las cosas, es claro que, el rubro denominado sumas adicionales, solo tiene vigencia y operatividad en el evento en que se cumplan los requisitos contemplados para la causación y disfrute de las pensiones de invalidez y/o sobrevivientes; siempre que el capital y rendimientos, existentes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, no alcancen para sufragar este tipo de pensiones, por lo tanto, es ésta la contingencia que protege a la AFP con una aseguradora, a través de los seguros colectivos y de participación (artículo 108).

En este caso, como no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, no era dable incluir dentro de los conceptos que debe devolver la AFP a Colpensiones, las “sumas adicionales de la aseguradora”.

Así las cosas, no tiene vocación de prosperidad el recurso de COLPENSIONES y se debe adicionar el ordinal primero de la sentencia impugnada, en el sentido de negar la petición de traslado de “las sumas adicionales de la aseguradora”.

7.3. En relación con los gastos de administración ordenados en la sentencia de primera instancia y a fin de dar respuesta a la apelación por parte de Porvenir SA, que de manera expresa solicita se le exima de la devolución de los conceptos distintos a los ya trasladados (cotizaciones y rendimientos según la prueba anexa al expediente), la sala no avala tal pedimento por las siguientes razones:

Es procedente la condena atinente a la devolución de los gastos de administración que se recibieron mientras la actora permaneció afiliada a ese fondo privado debidamente indexados, 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 de la misma manera en que la ineficacia del traslado, deriva en la obligatoriedad de ordenar la devolución de cotizaciones, rendimientos, y gastos de administración, entre otros, amparado en la premisa de que desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones; igual consecuencia se puede inferir de la declaratoria de inexistencia del traslado que en este evento se declara, pues la consecuencia que deviene de la declaratoria de ineficacia, nulidad e inexistencia, conforme a la jurisprudencia antes expuesta es la misma; declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás y todo debe volver al estado en que se encontraba, según la citada jurisprudencia de la CSJ-SCL, SL4360-2019.

Además, insiste esta corporación en que, si hubiere existido un cabal cumplimiento de las obligaciones de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. de suministrar información a la demandante y constatar además el consentimiento informado y la voluntad de la actora de trasladarse para el año 2000, hubiere podido avizorar en ese mismo instante la irregularidad referente a la firma del formulario de solicitud de vinculación correspondiente.

Por lo expuesto, se confirma la decisión de primera instancia en este aspecto también.

8. EN SEDE DE CONSULTA SE ABORDA LA PROCEDENCIA DE ORDENAR A PORVENIR S.A. LA DEVOLUCIÓN DE SUMAS POR CONCEPTO DE LAS PRIMAS PARA LA ADQUISICIÓN DE LOS SEGUROS PREVISIONALES Y LA GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, EN RESPUESTA A LO PETICIONADO POR COLPENSIONES EN SU CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Esta Corporación considera procedente entrar a resolver estos puntos, en virtud de lo consagrado en el artículo 69 del CPT y de la SS, al consagrar en forma expresa, deberán ser consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento, al Municipio o aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, siendo también aceptado que, lo que la ley persigue con la consulta es la protección de los bienes y el interés público.

En efecto, la consulta ha sido prevista como un mecanismo de revisión oficiosa de la sentencia que opera por ministerio de la ley, a través del que se pretende ejercer un control integral encaminado a corregir los errores de hecho o de derecho en los que haya podido incurrir el fallador de primer grado, sin que quede cobijado por los alcances del principio de la *no reformatio in pejus*.

Estos temas se abordan, porque fueron objeto de petición por COLPENSIONES en su escrito de contestación de demanda, en el cual claramente indicó, en el evento de declararse la ineficacia del traslado, se ordene a PORVENIR S.A. devolver los seguros previsionales y las cuotas abonadas al FGPM, entre otros.

En el presente caso, la Sala estima procedente ordenar a PORVENIR S.A. que proceda a la devolución de las sumas pagadas por concepto de las primas para la adquisición de los seguros provisionales y las sumas por concepto de la cotización destinada a la garantía de pensión mínima, por las siguientes razones:

81. En tal sentido, reservarle a Porvenir valores que hacen parte de la cotización, implica restarle efectos a la inexistencia 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 aplica igualmente para la figura de la inexistencia como se concluyó por esta corporación en acápite anterior, con base en la pluricitada sentencia SL4360-2019, y debe operar para todos los valores que componen la cotización.

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 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 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 inexistencia, 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 procede ordenar 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 el periodo en que la demandante estuvo afiliada al RAIS.

8.2. Bajo la misma cuerda, procede la devolución a cargo de PORVENIR S.A. de las sumas por concepto de la cotización destinada a la garantía de pensión mínima, como quiera que dicha garantía se financia con el 1.5% de la cotización obligatoria que mes a mes debe realizar el afiliado al RAIS y que en virtud de la declaratoria de ineficacia y la figura de las restituciones mutuas, debe retornar íntegra al RPM.

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

Entonces, como la inexistencia también comporta el desconocimiento de los efectos jurídicos del acto de traslado desde el mismo momento en que aquél pretendió materializarse, siendo consecuencia obligada la devolución de la cotización

completa, aunque en su momento la misma haya sido distribuida en la forma indicada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003.

8.3. Por lo expuesto, se habrá de adicionar el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia consultada, en el sentido de indicar que también será objeto de devolución por parte de la AFP Porvenir SA, las sumas por concepto de las primas para la adquisición de los seguros previsionales y las sumas que haya descontado con destino a la garantía de pensión mínima, de la cotizaciones obligatorias que mes a mes recibió a nombre de la demandante, en tanto se trata de un rubro que en la actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada, en el periodo en que se realizaron las cotizaciones de la demandante con destino a la AFP HORIZONTE y posteriormente PORVENIR.S.A.

3. 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 2000.

La Sala niega la declaración de la excepción de prescripción, como quiera, que en este caso no se declara la nulidad, sino la inexistencia del acto de traslado al RAIS, que también se enmarca en lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que los hechos aquí acreditados en cuanto a la

materialización de un traslado carente de voluntad y consentimiento de la afiliada, comportan una transgresión a los derechos a la seguridad social y libre escogencia de régimen de la actora.

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

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

En la sentencia en mención, se afirma:

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

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los

dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la **afiliación**, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión» (resaltado fuera del texto original)

En conclusión: la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)».

Esta tesis ha sido reiterada en sentencias posteriores de la CSJ-SL del 01 de julio de 2020, Radicación N° 67972, y SL1440-2021.

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia anotada, no procede declarar probada la excepción de prescripción alegada por el fondo privado accionado y Colpensiones, en tanto el(la) afiliado(a) puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral en cualquier momento para solicitar la declaración de ineficacia de la afiliación, y se defina en que régimen pensional se encuentra afiliado, aspecto que por analogía considera la Sala aplicable en este evento en que los hechos acreditados constatan una ausencia de voluntad y consentimiento en el traslado de la demandante del RPM al RAIS, derivado de la irregularidad comprobada en los formularios de afiliación por adulteración de la firma de la afiliada, que lo tornó inexistente; resaltándose que de ser afectada la acción que busca restablecer los derechos

conculcados con el fenómeno de la prescripción, transgrede directamente derechos mínimos e irrenunciables de la demandante relacionados con la seguridad social y ligados a la pensión de vejez.

10.- COSTAS

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

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

11. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: SE ADICIONA el ordinal primero de la sentencia del veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021), objeto de la presente impugnación y consulta, para en su lugar, **negar** la petición de traslado de “las sumas adicionales de la aseguradora” y a su vez, **condenar** a Porvenir S.A. a la devolución y entrega a Colpensiones de las sumas por concepto de las primas para la adquisición de los seguros previsionales y las sumas que haya descontado con destino a la garantía de pensión mínima.

Todo de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SE CONDENA en costas de segunda instancia a Colpensiones y Porvenir S.A., a favor de la demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

CUARTO: La presente sentencia queda notificada a las partes por **ESTADO ELECTRÓNICO** y con la remisión al correo electrónico de los apoderados judiciales de la copia de la presente providencia para su conocimiento.

Los Magistrados:



LEÓNIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS
CON SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a sharp upward stroke at the end, positioned above the printed name.

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA