

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



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

**Magistrado Ponente:  
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS**

Popayán, primero (01) de marzo de dos mil veintidós (2022)

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>ADRIANA ELIZABETH ORTIZ MOLINA</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E.  2. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A.</b>
<b>RADICADO</b>	<b>19-001-31-05-001-2020-00178-01</b>
<b>INSTANCIA</b>	<b>APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA</b>
<b>TEMA</b>	<b>INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS-PRESCRIPCIÓN.</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>SE ADICIONA EL ORDINAL SEGUNDO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y CONSULTADA, PARA INCLUIR LAS CONDENAS A LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN INDEXADOS, LAS SUMAS DEPOSITADAS EN EL FONDO DE GARANTÍA DE LA PENSIÓN MÍNIMA, LAS SUMAS PAGADAS POR LAS PÓLIZAS DE LOS SEGUROS PREVISIONALES Y LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS ADICIONALES DE LAS ASEGURADORAS, SIEMPRE QUE SE HAYAN CAUSADO.  SE CONFIRMA EN LO DEMÁS.</b>

## 1.- ASUNTO A TRATAR

De conformidad con lo señalado en el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, la Sala Laboral, integrada por los Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado ponente, procede a proferir sentencia escrita que resuelve el **RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los apoderados judiciales de la parte demandada y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES**, contra la Sentencia N° 050 del dos (02) de julio de dos mil veintiuno (2021), proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

## 2. ANTECEDENTES

### 2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende la demandante: **(i) Que se declare** la ineficacia del traslado al Régimen de ahorro individual administrado por POVERNIR SA; y **(ii) Que se declare** que PORVENIR S.A. debe asumir de su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez de la demandante, por los gastos de administración; y **(iii) Que se declare** que PORVENIR S.A. debe trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – los valores de la cuenta de ahorro individual de la Señora ADRIANA ELIZABETH ORTIZ MOLINA, incluyendo las cotizaciones bonos pensionales, y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado.

En consecuencia, solicita: **(i) Que se condene** a PORVENIR S.A., a asumir con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez de la actora, por los gastos de administración en que hubiere incurrido; **(ii) Que se condene** a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo las cotizaciones, bonos

pensionales y sumas adicionales de las aseguradoras, con los rendimientos que se hubieran causado y **(iii) Que se condene** en costas a las demandadas.

Como **fundamentos facticos relevantes sostuvo**, que está afiliada a PORVENIR S.A. desde el mes de septiembre de 1998 hasta la fecha, que con anterioridad estaba afiliada el Instituto de Seguro Social – ISS-.

Relaciona que dicha afiliación se realizó cuando un asesor llegó a la GRANJA JOSÉ MARÍA OBANDO y ofreció unas condiciones, presuntamente más favorables para obtener su pensión de vejez que las del ISS.

Señala que fue inducida en error y que PORVENIR S.A. no cumplió sus obligaciones legales, en cuanto al suministro de información adecuada, suficiente y cierta; para que su decisión hubiera sido verdaderamente libre y espontánea.

Agrega que la proyección de su pensión, realizada en PORVENIR S.A., es irrisoria, comparada con la calidad de vida que posee y que si estuviera en el RPMPD sería un valor superior, hechos que denotan el engaño de que fue objeto.

Por último, adujo, en el mes de marzo de 2020, solicitó a COLPENSIONES su traslado, petición que le fue negada, mediante oficio de fecha 06 de julio de 2020; e igualmente, presentó solicitud a PORVENIR S.A para la anulación del traslado y/o afiliación, recibiendo respuesta desfavorable por parte de dicha administradora también.

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

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderado judicial, luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, se **opone a todas las pretensiones**, al considerar, no se acreditó la omisión de la asesoría idónea y que la acción se encuentra prescrita, sin embargo, en caso de declararse la ineficacia de la afiliación, solicita, se ordene a PORVENIR el traslado de la totalidad de los

aportes al RPMPD, incluidos los recursos de la cuenta individual de ahorros, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración y asumir la merma en el capital destinado a la financiación de la prestación. Las anteriores sumas debidamente indexadas.

Así mismo, presenta el apoderado de la demandada petición especial orientada a que el juez en la parte resolutive de la sentencia ordene que la A.F.P PORVENIR S.A normalice la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIFP, que se haga la devolución de sus aportes a COLPENSIONES, con la respectiva entrega de archivo y el detalle de los aportes realizados durante la permanencia en el RAIS y que la AFP PORVENIR S.A. aporte la historia laboral de la actora debidamente actualizada.

Propuso como excepciones de fondo: *“Inexistencia de la obligación- Inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma”, “Carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica”, “Errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C.”, “Retorno en cualquier tiempo al RPM, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera”, “Indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales – vulneración del principio de confianza legítima”, “Inoponibilidad por ser tercero de buena fe”, “Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia del traslado de régimen”, “Cobro de lo no debido” y “Prescripción” (archivo 09.(44), págs. 33-41, expediente digital de 1ra instancia).*

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

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderada judicial, luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, se **opone a todas las pretensiones**, al considerar, la demandante

manifestó de forma libre y voluntario su decisión de traslado, mediante la suscripción del formulario de vinculación dispuesto para tal fin.

Que, al momento de la afiliación, la demandante recibió una asesoría integral, conforme a las normas vigentes para la época y que, el acto de vinculación por traslado es válido, por cuanto no se celebró en contra de una prohibición legal, no está inmerso en vicios del consentimiento, ni se realizó bajo engaños o coacción alguna.

Propuso como excepciones de mérito: “Prescripción”, “Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas”, “Buena fe”, “Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación”, “Prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo”, “Innominada o genérica” “Inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones” y “Debida asesoría del fondo”. (archivo 12 (79), págs. 75 a 78, expediente digital de 1ra instancia).

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

El Juzgado Primero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día dos (02) de julio de dos mil veintiuno (2021), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar SENTENCIA N° 050 en la cual resolvió: **i) DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de la Señora ADRIANA ELIZABETH ORTIZ MOLINA suscrita el 17 de septiembre de 1998 y en consecuencia, **DECLARAR** que la afiliada demandante nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPMPD; consecuentemente, ordenó **ii) CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones y bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración; valores estos que deberán ser recibidos por COLPENSIONES; **iii) ORDENAR** a la AFP

PORVENIR S.A, normalizar la afiliación de la demandante en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalle de los aportes de la actora a COLPENSIONES; **iv) NEGAR** la prosperidad de todas las excepciones de mérito propuestas por COLPENSIONES y la AFP PROVENIR SA.; y **v) CONDENAR** en costas a la AFP PORVENIR S.A.

**TESIS DE LA JUEZ:** Sostuvo, la AFP PORVENIR S.A incumplió el deber de brindar información veraz y eficiente a la demandante respecto del cambio de régimen pensional y, por consiguiente, procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora Adriana Elizabeth Ortiz Molina al RAIS.

Para el efecto, citó las normas y jurisprudencia relacionada con el tema, y adujo, encontró acreditado el hecho de la afiliación de la actora al RPMPD desde el 10 de junio de 1996 y su posterior traslado al RAIS el 17 de septiembre de 1998, agregando que, si bien obra el formulario de solicitud de vinculación, diligenciado el 17 de septiembre de 1998, no hay constancia de que la AFP hubiese suministrado a su afiliada información clara y precisa sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio del régimen, a pesar que la carga que le correspondía en tal sentido.

Señaló que el formulario proforma, aprobado por la Superintendencia Financiera, no exime a las administradoras de pensiones de cumplir con su deber y en consecuencia, declaró la ineficacia de la afiliación de la señora Adriana Elizabeth Ortiz Molina al RAIS, ordenando a su vez a la AFP del RAIS, retornar a COLPENSIONES la totalidad de valores recibido por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales si los hubiere y que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin descontar valor alguno por cuota de administración, negando además lo referente a la devolución de sumas adicionales de la aseguradora.

A su vez, indica que la excepción de prescripción no prospera toda vez que jurisprudencialmente se ha establecido que las acciones judiciales que tienen como propósito constatar el reconocimiento de un estado jurídico no prescriben, es decir, la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.

## 2.5. RECURSO DE APELACIÓN DE COLPENSIONES

En resumen, se alega la inconformidad respecto de los siguientes aspectos:

1. *“... ..consideramos que en el proceso no se acreditó que la demandante no hubiese recibido la debida asesoría por parte de la AFP al momento del traslado y por otra parte, pues por cuanto a la fecha en que se suscribió el formulario de afiliación, la normatividad no le exigía a la AFP que debía documentar las asesorías a sus afiliados en documentos por fuera del formulario de afiliación.”*

2. *“Igualmente **nos oponemos al fallo en cuanto se ha omitido dentro de los valores a trasladar lo atinente a la indexación de los gastos de administración, el porcentaje del fondo de garantía mínima y las sumas adicionales de la aseguradora** teniendo en cuenta que estos valores de conformidad con la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia hacen parte de los valores que deben trasladarse al régimen de prima media como consecuencia precisamente de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen.*

Se apoya en la sentencia de la CSJ-SL1688 del 08 de mayo de 2019; la sentencia del 4 de febrero 2021, en proceso radicado 2019-176 de esta Sala Laboral; la sentencia de la CSJ-SL2877 de 2020 y la sentencia de la CSJ-SL1421 del 10 de abril de 2019, radicado 56174.

Luego de alegar que, respecto del traslado Colpensiones es un tercero de buena fe y las consecuencias jurídicas de la declaratorio de la ineficacia del traslado, que comporta el traslado íntegro de los aportes al RPM, *“... ..solicito respetuosamente al honorable tribunal reconsiderar la tesis que ha venido negando las sumas adicionales a la aseguradora a efectos de que no sea Colpensiones quien tenga que asumir las consecuencias patrimoniales de la omisión del fondo al momento del traslado, sin embargo o no obstante y en el evento de que se considere que definitivamente no es posible retrotraer esas sumas entre la aseguradora y Porvenir, se ordene que en todo*

*caso Porvenir debe garantizar el traslado (no se entiende) de los aportes efectuados por la demandante a Colpensiones, reiterando que el descuento ordenado por estas sumas es muy alto de forma tal que si se pasa por alto la devolución claramente se estaría atentando contra el principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional por cuanto se estarían trasladando aportes incompletos y por contera, desfinanciando al fondo común del esquema de reparto simple, además de no darse cumplimiento a la jurisprudencia de la corte suprema de justicia en la que señala que los aportes deben trasladarse de forma íntegra a nuestra entidad.”*

### **2.5.1. RECURSO DE APELACIÓN DE PORVENIR**

La discusión se centra en los siguientes puntos:

**1.** Que se cumplió con el deber de información aplicable para octubre de 1996, previsto en el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en su versión original y no se comparte el alcance que le ha dado la CSJ-SL a dicho deber, porque está aplicando retroactivamente la Ley 1328 de 2009, el Decreto 41 de 2010 y la Ley 1748 de 2014, que regulan el deber de consejo a las AFP, con desconocimiento de la sentencia C-239 de 2001 y el artículo 38 de la ley 153 de 1887, el principio de confianza legítima y el debido proceso.

**2.** Que la actora, luego de recibir la información, al firmar el formulario aceptó voluntariamente el traslado y ha demostrado su intención de mantenerse en el RAIS por más de 25 años, por lo que se cumplen los requisitos legales del traslado vigentes para 1996.

**3.** Alega la vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba y de valoración probatoria, porque se desconoce el valor probatorio de la manifestación de voluntad consignada en el formulario de afiliación, elaborado conforme los requisitos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 326 de 1996;

además, al realizarse la valoración aislada del formulario de vinculación, sin apreciar los indicios de (i) permanecer en el RAIS por más de 25 años; (ii) recibir los extractos de la cuenta sin quejas, reclamos y (iii) no adelantar el retracto dentro del plazo legal, se estima el desconocimiento del artículo 242 del CGP

**4.** A continuación alega, *“También se desconocen las reglas existentes en materia de restituciones mutuas, se desconoce que existen prestaciones que por su naturaleza no pueden retrotraerse y que esto constituye un límite o excepción a los efectos retroactivos de la declaratoria de ineficacia, la condena a cargo de las administradoras de devolver los dineros correspondientes a los gastos de administración, incluido el valor desembolsado para cubrir las primas de seguros, desconocen las reglas existentes en materia de restituciones mutuas y el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa.”*

*“Porvenir SA por más de 25 años ha venido realizando todas las labores de administración frente a los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual, cuenta que solo se generó en virtud del formulario de vinculación suscrito por la demandante y que generó frente al sistema general de pensiones un contrato válido y por ello se crearon obligaciones recíprocas para las partes, de ahí que Porvenir S.A en cumplimiento de las obligaciones que le correspondían destinó, como lo señala el Artículo 20 de la ley 100 de 1993 a destinar parte del aporte a seguridad social, cómo lo señala la norma, a cubrir los gastos de administración, gastos de administración que solo tienen como fin lograr que los dineros depositados en la cuenta ahorro individual puedan tener rendimientos con el único propósito de que dichos dineros existentes en la cuenta de ahorro individual lograr el objetivo de financiar una pensión de vejez dentro del régimen de ahorro individual.”*

Estima que se genera un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante y el empobrecimiento de la AFP y en el evento de mantenerse la declaración de ineficacia, se ordenen las restituciones conforme al artículo 7° del decreto 3995 de 2008.

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

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

**i) La apoderada de la parte demandante**, se ratificó en los alegatos presentados en primera instancia (archivo No. 11 a 12, expediente digital 2da instancia).

**ii) La apoderada judicial de Colpensiones**, insistió en que, además de trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, sin descontar cuotas de administración; también se ordene como valor a trasladar, lo atinente a la indexación de los gastos de administración, aportes para garantía de la pensión mínima y las primas de los seguros previsionales. (archivos No. 13 y 14, expediente digital 2da instancia).

**iii) La apoderada de la demandada Porvenir S.A.**, solicitó revocar la orden de primera instancia, dado que cumplió con el deber de información que le era exigible para la fecha de los hechos o del traslado, por lo cual el mismo no puede ser ineficaz; no obstante, de mantenerse la decisión al respecto, solicitó, no se ordene a PORVENIR trasladar los valores referentes a cuotas de administración. (archivos No. 9 y 10, expediente digital 2da instancia).

### **4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES:**

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

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

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

**En relación con la legitimación en la causa por activa y pasiva** no hay objeción alguna, porque la acción la ejerce la presunta titular del derecho reclamado, en contra de la persona jurídica eventualmente obligada a reconocerlo.

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

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

## **5. ASUNTOS POR RESOLVER**

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

**5.1.** En respuesta conjunta a los recursos de apelación propuestos, tanto por la AFP Porvenir S.A. como por Colpensiones, se estudiará:

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

Como asuntos asociados, se analizan los temas alegados sobre (i) la aplicación retroactiva del deber de información, (ii) la indebida valoración probatoria y (iii) las consecuencias jurídicas de la permanencia de la actora en el RAIS.

**5.2.** De ser procedente la declaración de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, en respuesta al segundo tema sustentado en la apelación por parte de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, se pasa a resolver:

*¿Se ajusta al ordenamiento jurídico ordenar a Porvenir S.A., que traslade también al RPM, los gastos de administración debidamente indexados, las primas de seguros previsionales, las cotizaciones con destino al fondo de garantía de la pensión mínima y las sumas adicionales de la aseguradora?*

**5.3.** En sede de consulta en favor de Colpensiones, se debe verificar la legalidad de la negativa a la declaración de la excepción de prescripción, alegada por Colpensiones.

## **6. RESPUESTA A LOS CUESTIONAMIENTOS SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO Y CONEXOS**

**Tesis de la Sala:** La Sala concluye, se debe **CONFIRMAR** la declaración de ineficacia del traslado del RPM al RAIS, contenida en la sentencia apelada, no obstante, es pertinente adicionar el numeral primero de la resolutive de la decisión de primera instancia, en tanto el traslado inicial de la actora, del RPMPD al RAIS, tuvo como fecha de inicio de efectividad el 1 de octubre de 1996, conforme a las pruebas adosadas al plenario, en esa medida, colige la Sala, al surtirse el traslado de la señora ADRIANA ELIZABETH ORTIZ MOLINA a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en el año 1996, se incumplió con el deber legal del suministro de la información a la demandante, en forma clara y suficiente, en cuanto a los efectos positivos y negativos que acarreaba el cambio de régimen pensional, al cual estaba obligada la AFP en el momento del traslado, advirtiéndose que al momento del posterior traslado de HORIZONTE a PORVENIR S.A., a través de solicitud del 17 de septiembre de 1998, tampoco se cumplió con dicho deber de información, como se explicará más adelante.

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas:

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

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

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

En este régimen, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen *“un fondo común de naturaleza pública”*, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley<sup>1</sup>. Las personas afiliadas a este régimen 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”*.

---

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

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

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

(... ..)

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

(... ..)

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

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

**6.5.** Por medio del artículo 60 de la Ley 100/93, se regula las características del régimen pensional RAIS, y en lo que interesa, se resalta lo dispuesto en el literal c, en su versión original, atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 1996:

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

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

Sobre la escogencia del régimen pensional, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por medio del cual se reglamentó

parcialmente la Ley 100 de 1993, original, en lo relevante para resolver, regula que:

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

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

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

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

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

*(... ...)*

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

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

### **Artículo 97: Información:**

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

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

Y, además, expresamente se dispone que

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

**6.8.** En cuanto a la carga de la prueba del vicio en el consentimiento, aplica el artículo 1604 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.** Sobre casos similares al que nos ocupa, y en particular sobre el deber del suministro de la información clara, amplia y suficientes sobre los aspectos positivos y negativos de cada uno de los dos regímenes pensionales, a cargo de las AFP al momento de la afiliación y/o traslado entre regímenes, más allá de la firma del formulario, la CSJ-SL, ha desarrollado una tesis pacífica, que puede consultarse entre otras en las sentencias del 9 de septiembre de 2008 con radicados 31989 y 31314; sentencia del 22 de noviembre de 2011 con radicado 33083; sentencia SL12136-2014; sentencia SL19447-2017; sentencias SL4964 y SL4689, ambas del 2018; sentencia SL1421-2019.

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

En ese orden, concluyó que:

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

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

*(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la*

*obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.*

Esta línea de pensamiento, con valor de doctrina probable, se reitera en reciente providencia de la CSJ-SL1440-2021.

**6.10.** En cuanto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado.

Así lo consigna en la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019, luego de CASAR la sentencia del Tribunal, profiere la sentencia de instancia:

*“3.2. Excepción de saneamiento de la nulidad relativa.*

*La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la*

*ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018). ]*

*Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*

*[3: El artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo refiere que «No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca» el mínimo de derechos laborales.][4: Los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011 «Estatuto del Consumidor», privan de efectos, de pleno derecho, a las cláusulas abusivas incluidas en los contratos celebrados con los consumidores. ][5: De acuerdo con el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el contenido de las pólizas debe "ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente Estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva".]*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y*

contratos.

*Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insanable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.*

Esta línea se reitera en la sentencia del 03 de julio de 2019, SL2422-2019 y sentencia CSJ-SL1440-2021.

## **6.11. HECHOS PROBADOS RELEVANTES**

Del examen de los medios de prueba documentales más relevantes, aportados por las partes y ordenados como pruebas, sin tachas, en conjunto con las contestaciones a la demanda por las entidades demandadas, se obtienen los siguientes hechos probados:

**6.11.1.** Según el “REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES”, expedido por COLPENSIONES y actualizado a 08 octubre 2020, se constata que la demandante se afilió al régimen de prima media, hoy administrado por COLPENSIONES, el 10 de junio de 1996 y cuenta con cotizaciones a seguridad social en pensión, efectuadas a dicha administradora, en el periodo comprendido del 1 de junio de 1996 al 31 de agosto de 1996 (carpeta titulada “Expediente Administrativo Adriana Elizabeth Ortiz”, expediente digital de 1ra instancia).

**6.11.2.** Está probado con la respuesta al hecho 1 de la demanda por PORVENIR S.A., la respuesta suministrada por PORVENIR S.A. a petición de la demandante denominada “Ref. Rad. Porvenir: 0103874012997900”, el historial de vinculaciones de ASOFONDO y certificación expedida por PORVENIR S.A de fecha 29 de octubre de 2020, que la señora ADRIANA ELIZABETH ORTIZ MOLINA se trasladó del régimen de prima media, administrado hoy por COLPENSIONES, al de

ahorro individual, ante HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy PORVENIR S.A.; encontrándose afiliada a esta administradora del RAIS, con fecha de inicio de efectividad: 1 de octubre de 1996 (archivo No. 02, págs. 4 a 5 y archivo No. 12, págs. 30 a 31, expediente digital de 1ra instancia).

**6.11.3.** A su vez, del historial de vinculaciones de ASOFONDOS, se constata que la demandante se trasladó posteriormente de HORIZONTE a PORVENIR S.A., a través de solicitud del 17 de septiembre de 1998, teniendo como fecha de inicio de efectividad: 1 de noviembre de 1998 (archivo No. 12, pág. 30), evidenciándose además, documento denominado “solicitud de vinculación al fondo de pensiones obligatorias”, de fecha 17 de septiembre de 1998, que da cuenta de la afiliación de la señora ELIZABETH a PORVENIR S.A. (Archivo No. 02, pág. 7).

## **CONCLUSIONES:**

**1.** Se evidencia con claridad que, la demandante se encontraba afiliada al régimen de prima media administrado por el entonces ISS hoy COLPENSIONES, desde el mes de junio de 1996, conforme al artículo 52 de la Ley 100 de 1993, contando con cotizaciones por cuenta de la razón social “COOPERATIVA EL INGEN”, en el periodo comprendido del 1 de junio de 1996 al 31 de agosto de 1996 (carpeta denominada: “Expediente Administrativo Adriana Elizabeth Ortiz”, expediente digital de 1ra instancia).

A su vez, del historial de vinculaciones de ASOFONDOS se observa traslado surtido del RPMPD, hoy administrado por COLPENSIONES, a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., hoy PORVENIR S.A., efectivo a partir del 1 de octubre de 1996, constatándose también con la certificación expedida por PORVENIR S.A. y lo expuesto en la misma contestación al hecho primero de la demanda (archivos No. 12, págs. 30 a 31).

Igualmente, de la misma historia laboral de la demandante, se observa, cuenta con cotizaciones realizadas ante la AFP

PORVENIR, a partir de septiembre de 1998 (pág. 8 a 14, archivo No. 02, expediente digital de 1ra instancia).

**2.** Por otra parte, del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados con la demanda y su contestación, esta Sala advierte que la pasiva Porvenir, contrario a lo afirmado en su apelación, estando obligada, no demostró en el proceso que, en el año 1996 HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PORVENIR S.A., le hubiese dado a conocer a la demandante en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, de las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, así como tampoco se advierte el cumplimiento del deber de información en el año 1998, cuando se surtió traslado de HORIZONTE a PORVENIR S.A.; y con tal conducta procesal, cabe predicar que la demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable; ya que si se le explica desde el principio el manejo de la cuenta individual, que los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado, los factores que inciden en el monto de la pensión; la persona tiene una información precisa, con la cual puede deducir si acepta, o no, el traslado.

Este deber de información clara y completa de los dos regímenes, sí estaba vigente para la fecha del traslado, tanto en octubre de 1996, cuando se dio la afiliación efectiva a HORIZONTE, como en septiembre de 1998, cuando se suscribió formulario de afiliación a PORVENIR S.A., acorde con la interpretación sistemática del literal B) del artículo 13, en conjunto con el artículo 271, ambos de la Ley 100 de 1993 y de los artículos 72, literal f) y numeral 1, del artículo 97, ambos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF).

Bajo este entendido, no le asiste la razón a la parte apelante al endilgar errores por la aplicación de la línea de pensamiento de la CSJ-SL sobre el deber de información, en la medida que, de la lectura detenida de los precedentes, el Tribunal de cierre no está fundando su doctrina probable en normas que no estaban vigentes al momento del traslado, toda vez que, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL1452-2019 atrás resaltada, reitera su línea

de pensamiento sobre la obligación de la debida información con fundamento en las reglas que se citan en este aparte y sólo menciona que tal deber se amplió con posterioridad al 2011, pero no aplicó estas nuevas normativas para cimentar su línea.

**3.** La consecuencia jurídica de la falta de prueba del cumplimiento de este deber legal de la entrega de la debida información, es la prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sobre la INEFICACIA JURÍDICA DEL ACTO O NEGOCIO DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS, tal cual lo tiene decantado la CSJ-SL en recientes providencias, entre otras, la citada en precedencia.

**4.** En punto al cuestionamiento de Porvenir, sobre la indebida valoración del formulario de afiliación, en conjunto con los indicios de (i) permanecer en el RAIS por espacio de 25 años, (ii) recibir extractos sin observaciones, (iii) ausencia de quejas y reclamos y (iv) no haber solicitado el traslado durante los plazos de ley, tampoco es de recibo, porque para el año 1996, ni siquiera consta formulario de afiliación, pese a que el historial de vinculaciones de ASOFONDOS constata su traslado a HORIZONTES y respecto al formulario suscrito por la actora para afiliarse a PORVENIR en 1998, ha de señalarse que con la sola firma de la actora en el formulario de afiliación, no se cumple con el requisito legal del suministro de información, dado que la sola firma puesta en el formulario y los indicios alegados, no constituyen prueba idónea del cumplimiento de este deber legal de la PORVENIR S.A.

Además, no se está imponiendo una carga probatoria desproporcionada, por cuanto simple y llanamente se acude a la doctrina probable vigente sobre este asunto, que explica con claridad las razones de tal conducta procesal, al estar en presencia de negaciones indefinidas provenientes del demandante sobre la omisión de la debida información a cargo de la AFP, por una parte y por otra, al hecho de que las pruebas de la debida asesoría a la actora, para que tomara la decisión del traslado, están en poder de la AFP, tal cual se explica con detenimiento en la sentencia SL1688-2019 y en el aparte (iii) de la sentencia CSJ SL1452-2019, atrás reseñada.

**5.** Igualmente, no se acoge el alegato de la vigencia actual del traslado, por el hecho de la permanencia de la demandante por varios años en el RAIS, simple y llanamente, porque el acto o negocio jurídico del traslado de régimen pensional, siquiera nació al mundo jurídico.

**6.** Por último, la Sala advierte que la decisión de declarar la ineficacia del traslado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, ni del régimen de prima media, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJSL, sentencia SL2877-2020).

Además, con los recursos trasladados, que ingresan al fondo común administrado por la pasiva Colpensiones, se va a sufragar las mesadas pensionales en favor de la afiliada, cuando cumpla los requisitos legales, garantizándose así lo sostenibilidad financiera de dicho fondo.

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

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

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

paso, se produce un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

Así mismo, se adiciona la sentencia de primera instancia, para ordenar la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, los valores pagados por las primas de los seguros previsionales y los valores del fondo de garantía de la pensión mínima.

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

Estas decisiones encuentran apoyo en las siguientes consideraciones:

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

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

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

2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”.

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

*“También se ha dicho por la Sala que una vez se declara la ineficacia, debe la administradora de pensiones trasladar a Colpensiones, en este caso Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías, además del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, las comisiones y los gastos de administración debidamente indexados, puesto que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*

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

*nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).”*

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

Por lo expuesto, se confirma la decisión de primera instancia, adicionando lo referente a la indexación de los valores descontados por los gastos de administración, con el fin de que conserven su valor actualizado al momento de su devolución, en respuesta a la apelación de COLPENSIONES.

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

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

Entonces, como la ineficacia comporta el desconocimiento de los efectos jurídicos del acto de traslado desde el mismo momento

en que aquél pretendió materializarse, siendo consecuencia obligada la devolución de la cotización completa, aunque en su momento la misma haya sido distribuida en la forma indicada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, así como también los rendimientos financieros causados en vigencia de la afiliación efectuada de manera irregular, como quiera que de no haberse presentado, en el RPM la cotización también habría obtenido rendimientos. Se habrá de adicionar la parte resolutive de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que también será objeto de devolución por parte de la AFP Porvenir SA, las sumas que haya descontado con destino a la garantía de pensión mínima, de las 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.

**7.3. En punto a la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR para la adquisición de los seguros previsionales,** se adicionará la sentencia de primera instancia para ordenar su devolución, conforme lo expuesto en su apelación por PORVENIR S.A. que se opone a tal devolución y también, acorde a lo argumentado por COLPENSIONES en su escrito de alegaciones, acudiendo a la competencia de esta Sala en virtud del grado jurisdiccional de consulta. Ello, por cuanto son valores que hacen parte de la cotización y su devolución surge dentro de los efectos de la ineficacia del traslado, como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido y por eso es que la Corte Suprema de Justicia, a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

Y es que igualmente no se considera procedente que, para resolver la relación jurídica entre el afiliado y las administradoras vía ineficacia del traslado, se pueda echar mano a la validez de un contrato de seguro con un tercero, que es una relación jurídica ajena al proceso, de la cuál si surgiere

algún derecho u obligación, debería resolverse en proceso aparte entre las partes interesadas.

Lo anterior también, porque el valor de las pólizas de seguro se saca del 3% de la cotización, destinado para el pago de las mismas y los gastos de administración, pero nunca de la cuenta individual del afiliado y conforme lo dispone el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el Régimen de Ahorro Individual comprende el conjunto de entidades, normas y procedimientos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, los cuales están a cargo de Porvenir 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 ineficacia, en tanto las dos figuras dan a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiere existido el acto o contrato, máxime, cuando en este proceso tampoco se ha demostrado que se contrató el seguro previsional ni el valor de la póliza que es colectiva y de participación, conforme al artículo 108 de la Ley 100 de 1993 y menos, cuál es el valor que de la respectiva prima de seguros le corresponde a la demandante afiliada en este proceso para que se pudiera proferir una decisión en concreto si llegare a ser procedente, por lo que también, por falta de prueba es imposible que no prospere lo referente a la devolución de las primas del seguro previsional, que como ya se dijo, se entienden incluidas en la devolución de la cotización completa al RPM.

Por lo expuesto, se adiciona la sentencia consultada en este aspecto.

**7.4.** En relación con la **devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras**, se modifica la decisión de primera instancia que negó tal concepto, pues la Sala considera que, tal

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

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

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

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

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verifica si procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha del traslado y la presentación de la demanda, transcurrió más de tres años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción de nulidad, contados desde la fecha del traslado de régimen

pensional en el año 1996 y posterior traslado a PORVENIR en el año 1998.

**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; resaltándose que de ser afectada la acción que busca restablecer los derechos conculcados con el fenómeno de la prescripción, transgrede directamente derechos

mínimos e irrenunciables de la demandante relacionados con la seguridad social y ligados a la pensión de vejez.

## 9. COSTAS

En aplicación del numeral 1° del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, procede la condena en costas en esta instancia, a cargo de la entidad apelante – PORVENIR, por cuanto no tuvo prosperidad su recurso de apelación.

No procede la condena en costas en esta instancia en contra de COLPENSIONES, en tanto tuvo prosperidad parcial su recurso de apelación.

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

## 10. DECISIÓN

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: SE ADICIONA** el ordinal PRIMERO de la parte resolutive de la sentencia del dos (02) de julio de dos mil veintiuno (2021), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora ADRIANA ELIZABETH ORTIZ MOLINA a HORIZONTES PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A., surtida con fecha de inicio de efectividad 1 de octubre de 1996 y la posterior afiliación suscrita por la actora a PORVENIR S.A., el 17 de

septiembre de 1998, según lo motivado en esta providencia.

**SEGUNDO: SE ADICIONA** el ordinal SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia del dos (02) de julio de dos mil veintiuno (2021), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a devolver y depositar en Colpensiones los gastos de administración debidamente indexados, las sumas descontadas con destino al fondo de garantía de pensión mínima, las sumas pagadas por concepto de las primas de los seguros previsionales y la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, siempre que se hayan causado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

Sin condena en costas de segunda instancia a cargo de COLPENSIONES, según lo motivado en este proveído.

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

  
Firma válida  
providencia judicial  
LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES  
MAGISTRADO PONENTE

**SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO**

Proceso ordinario laboral. Radicación 19-001-31-05-001-2020-00178-01. Demandante: ADRIANA ELIZABETH ORTIZ MOLINA, Demandadas: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.



Firma válida  
providencia judicial

**CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ**  
**MAGISTRADA SALA LABORAL**



Firma válida  
providencia judicial

**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA**  
**MAGISTRADO SALA LABORAL**