

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN  
SALA LABORAL

*Magistrado Ponente:*  
**LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS**

Popayán, dieciséis (16) de agosto de dos mil veintidós (2022)

|            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| PROCESO    | ORDINARIO LABORAL                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| DEMANDANTE | GACIELA LEMUS OSSA                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| DEMANDADOS | 1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E.<br>2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. – AFP PORVENIR S.A.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| RADICADO   | 19-001-31-05-002-2021-00031-01                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| INSTANCIA  | APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| TEMA       | INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS - PRESCRIPCIÓN.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| DECISIÓN   | SE ADICIONA el ORDINAL QUINTO de la sentencia apelada y consultada, para incluir las condenas por devolución de los gastos de administración indexados, las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales, las sumas depositadas en el fondo de garantía de la pensión mínima y la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, <u>siempre</u> que se hayan causado. Se ACLARA la sentencia respecto al nombre de la demandante GRACIELA LEMUS OSSA y en lo demás, se confirma. |

**1. ASUNTO A TRATAR**

De conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, la Sala Laboral, integrada por los Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado Ponente, procede a proferir sentencia escrita que resuelve el **RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada judicial de la demandada PORVENIR S.A. y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES**, contra la sentencia del catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021), proferida en primera instancia por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, CAUCA, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Se deja constancia que esta sentencia se emite de forma escrita en cumplimiento a lo dispuesto por el Congreso de Colombia en la Ley 2213 de 2022, el cual adopta como legislación permanente las medidas sobre implementación de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agiliza los procesos judiciales y flexibiliza la atención a los usuarios del servicio de justicia.

Aprobado el proyecto presentado por el Magistrado Ponente, la Sala procede a proferir la presente sentencia, previo el recuento de los siguientes,

## **2. ANTECEDENTES**

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

Pretende la demandante: **(i) Que se declare** la INEXISTENCIA y/o INEFICACIA de su traslado de CAJANAL a PORVENIR S.A., por no obrar consentimiento y/o firma en el formulario de traslado o solicitud de vinculación o, se declare de manera subsidiaria que PORVENIR S.A. no la asesoró ni dio información suficiente para cambiarse de régimen pensional y, en consecuencia; **(ii) se condene a PORVENIR S.A.** autorizar su traslado a COLPENSIONES. **(iii)** Que, por virtud de su regreso automático al RPM, PORVENIR S.A. debe trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES el saldo de su cuenta de ahorro individual, a título de cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas adicionales de la

aseguradora, con todos los frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 del CC; **(iv) Que se ordene** a COLPENSIONES, aceptar la afiliación de la demandante al RPM y **(v) se condene** en costas a las demandadas (Archivo: 02Demanda, cuaderno de primera instancia).

Como **fundamentos fácticos** sostuvo que, desde su vinculación a la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, el 14 de diciembre de 1981, se afilió a CAJANAL, donde venía realizando cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones; y que funcionarios de PORVENIR S.A. le manifestaron que era obligatorio que los servidores públicos debían vincularse al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tal motivo se efectuó su traslado de pensiones con total desconocimiento, ya que no se le realizó una asesoría matemática, ni financiera, tampoco contó con información suficiente para tomar una decisión libre y voluntaria. Además, su firma no se encuentra plasmada en el formulario de afiliación, es decir, jamás medió una manifestación de voluntad para realizar dicho traslado, siendo ello vulneratorio del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Que, en el mes de septiembre de 2021 solicitó a COLPENSIONES su afiliación y cambio de régimen a dicha entidad, y que PORVENIR S.A. no dio respuesta.

## **2.2. Contestación por PORVENIR S.A.**

En ejercicio del derecho de contradicción, PORVENIR S.A., a través de su apoderada judicial, contestó la acción y se **opuso a todas las pretensiones**, bajo el argumento que la demandante es un sujeto capaz a la luz del art. 1503 del C.C., quien conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 manifestó de forma libre y voluntaria su decisión de traslado, mediante la suscripción del formulario de vinculación dispuesto legalmente para tal fin, recibiendo una asesoría integral conforme las normas vigentes para la época, sin coacción, por lo que señala que el acto de vinculación es válido al no estar inmerso en vicios del consentimiento.

Propuso como **excepciones de mérito** las que denominó como: (1) prescripción; (2) prohibición legal de aplicar retroactivamente la ley; (3) principio de confianza legítima; (4) falta de causa para pedir

e inexistencia de las obligaciones demandadas; (5) buena fe; (6) inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación; (7) prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo; (8) innominada o genérica; (9) inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones; y (10) debida asesoría del fondo (10Contestacion demanda Porvenir, expediente 1ª instancia).

### **2.3. Contestación por COLPENSIONES:**

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderado judicial y luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda se **opuso a todas las pretensiones**, al considerar que no es procedente se declare la inexistencia y/o ineficacia del traslado del RAIS al RPM, como quiera que el mismo se realizó de manera libre e informada, debiéndose hacer el análisis de la información suministrada bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o materialización del traslado.

No obstante, lo anterior, en el evento de accederse a las pretensiones, solicita se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes al RPM para garantizar el financiamiento de la respectiva prestación. Igualmente, se normalice la afiliación.

Propuso como excepciones de fondo: (1) Inexistencia de la obligación; (2) indebida interpretación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional; (3) inexistencia de vicio en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante que traiga como consecuencia la ineficacia o invalidez de la misma; (4) imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos; (5) buena fe; (6) inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES; (7) prescripción, (8) responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; (9) juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado; (10) improcedencia del cobro de costas a COLPENSIONES; (1) improcedencia de la declaración de ineficacia y/o nulidad de traslado en casos e que el actor se encuentre pensionado y (12) innominada o genérica (19Contestacion demanda Colpensiones, expediente 1ª instancia).

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

El JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, (CAUCA), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento, el día catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar SENTENCIA, en la cual resolvió, en los numerales CUARTO, QUINTO, SEXTO y SÉPTIMO: **i) DECLARAR** la INEXISTENCIA de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad que a partir del 12 de mayo de 1995 se atribuye a la señora “GRACIELA LEMUS ACOSTA” (Sic)<sup>1</sup>, a través de la AFP PORVENIR S.A., y como consecuencia; **(ii) DECLARAR** que la citada demandante “GRACIELA LEMUS ACOSTA” (Sic)<sup>2</sup> conservó el derecho a permanecer en el RPMPD, hoy administrado por COLPENSIONES, y condenar a PORVENIR S.A., como última administradora a la que se efectuaron los aportes, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la inexistencia del acto de traslado, tales como cotizaciones, bonos pensionales si es del caso, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, rendimientos financieros con todos sus frutos e intereses que se hubieren causado; valores que se ordenan deben ser recibidos por COLPENSIONES. **(iii) NEGAR** la excepción de prescripción; **(iv)** condenar en costas a PORVENIR S.A. en favor de la demandante.

**TESIS DEL JUEZ:** El Juez sostiene, en el caso de la señora GRACIELA LEMUS OSSA, de acuerdo con las pruebas aportadas, hay lugar a declarar la inexistencia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, porque, de conformidad con lo certificado por PORVENIR S.A., su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad data del 12 de mayo de 1995, siendo para ese momento empleada pública del nivel territorial al estar vinculada al Departamento del Cauca, afiliación que jurídicamente nunca pudo tener ningún efecto, como quiera que el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, para los servidores públicos del nivel departamental, distrital y municipal, se pospuso hasta el 30 de junio de 1995, por efecto de lo dispuesto en el artículo 151 de la misma ley y el Decreto 1296 de 1994, luego entonces, constituye un imposible jurídico que pudiese afiliarse al sistema general de pensiones-SGP a través del RAIS sin estar vigente ese SGP a mayo de 1995. Indicó, además, que el caso de

---

<sup>1</sup> La parte resolutive de la decisión se extrae del audio contentivo de la audiencia de primera instancia.

<sup>2</sup> La parte resolutive de la decisión se extrae del audio contentivo de la audiencia de primera instancia.

esta demandante era distinto a los otros dos afiliados que se estudiaron de manera concentrada, dado que no ha consolidado su derecho a la pensión.

Sobre el deber de información a cargo de los fondos de pensiones, desde su creación, y los efectos de su inobservancia, el juez basa su decisión en providencia de la CSJSL, SL1452-2019 (radicado nro. 68853); y acerca de la distinción entre la existencia de un acto jurídico y su validez cita decisión de la Corte Constitucional (Sentencia C-345 de 2017).

## **2.5. RECURSO DE APELACIÓN DE PORVENIR S.A.**

El apoderado de Porvenir presenta su recurso de apelación frente a la orden impartida en primera instancia, en los siguientes términos:

*“Respecto al proceso de la señora Graciela Lemus Ossa interpongo recurso de apelación de la orden impartida, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A. ha actuado con la mayor y más absoluta buena fe durante el trámite de traslado, y también teniendo en cuenta que **la afiliación (...) nació frente al sistema General de Pensiones a partir de ese formulario de vinculación que se generó por voluntad propia de la demandante**, mi representada ha efectuado desde el momento en el que la demandante se vinculó con PORVENIR S.A., desde el año 95, todas las gestiones de administración de los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, por lo tanto, ha tenido que efectuar labores de inversiones diarias, ha tenido que tener el talento humano dispuesto para tal fin, también utilizar las plataformas y por ello los dineros depositados de la cuenta de ahorro individual de la demandante ha tenido rendimientos.*

*En ese orden de ideas, **condenar a PORVENIR S.A. a que devuelva los gastos de administración de esos recursos, que tienen la única destinación frente al Sistema General de Pensiones, estaría en contravía de una restitución mutua**, pues a la demandante se le estaría devolviendo los dineros depositados más los rendimientos, no obstante, PORVENIR S.A. por más de 26 años ha tenido que efectuar todas las labores de administración y ha tenido que correr con los gastos de dicha gestión.*

*En este orden de ideas, se solicita (...) a los señores magistrados tener en cuenta que existe un límite a este tipo de decisiones en los que se ordena la devolución de estos recursos, toda vez que se estaría (...) haciendo un*

*perjuicio para PORVENIR quien no ha hecho otra cosa sino que cumplir con sus condiciones propias dentro del régimen de ahorro individual y se estaría produciendo un enriquecimiento sin causa para la demandante por lo que se traslada PORVENIR ya tiene unos rendimientos gracias a la buena administración de dichos recursos. En ese sentido, solicito a los señores magistrados **revocar la decisión frente a la devolución de los gastos de administración.***" (La Sala resalta con negrilla con intención).

### 3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Respecto a los alegatos en segunda instancia, de acuerdo con la nota secretarial que precede (archivo No. 11, 11(1)NotaDespachoVencidoTrasladoAlegatos20210003101) y constatado el expediente digital, se tiene que únicamente se recibieron alegatos por parte de COLPENSIONES, las demás partes guardaron silencio:

El apoderado judicial de Colpensiones recordó, en cuanto a la selección de régimen es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien expresa su consentimiento al momento de la vinculación o traslado, tal como ocurrió en el presente asunto. Que, así las cosas, la regla general es que corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias.

Señala, además, que hasta el año 2016 los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS. Por lo tanto, dijo que, imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.

Por todo lo anterior, concluye, que en este evento no se configuran los elementos que permitan que el demandante pueda volver a ser parte del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, ya que la ineficacia del traslado se

basa en una indebida o insuficiente información por parte del fondo privado y a su vez, de un supuesto engaño, en el caso concreto, se evidencia es una variación salarial que conlleva a una variación en el monto pensional<sup>3</sup>.

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

**COMPETENCIA:** En virtud de que la providencia de primera instancia fue apelada por la AFP PORVENIR S.A., quien integra la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del CPTSS, modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, esta Sala de Tribunal es competente para desatar ese recurso contra la sentencia de primer grado.

De igual forma, se tramitará conjuntamente el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA al ser desfavorable la sentencia a COLPENSIONES.

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

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

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

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

#### **5. ASUNTOS POR RESOLVER**

Acorde con el recurso de apelación y para responder al grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala Laboral resuelve los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS**:

---

<sup>3</sup> Cuaderno de segunda instancia: 10(8)AlegatosColpensiones20210003101.

**5.1.** *¿Procede la declaración de inexistencia del traslado de la demandante, del RPM al RAIS administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., efectuado en mayo de 1995, cuando estaba vinculada como servidora pública del orden territorial?*

**5.2.** De ser procedente la declaración de inexistencia y/o ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, en respuesta al tema sustentado en la apelación por parte de PORVENIR S.A. y en virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES, se pasa a resolver:

*¿Se ajusta al ordenamiento jurídico ordenar a Porvenir S.A. que traslade también al RPM administrado por Colpensiones, los gastos de administración?*

Por razón de la consulta a favor de COLPENSIONES, se debe determinar si (i) debió ordenarse el traslado de los valores pagados por concepto de las primas de los seguros previsionales; (ii) procede indexar los gastos de administración y, (iii) la devolución de las cotizaciones con destino al fondo de garantía de la pensión mínima. En síntesis, cuáles valores se deben ordenar trasladar del fondo privado a COLPENSIONES, para garantizar la estabilidad financiera del sistema de pensiones.

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

## **6. RESPUESTA A LOS CUESTIONAMIENTOS SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA INEXISTENCIA DEL TRASLADO AL RAIS.**

**Tesis de la Sala:** La Sala concluye, se debe **CONFIRMAR** la declaración de inexistencia del traslado del RPM al RAIS y, por ende, la permanencia de la demandante en el RPM administrado hoy por COLPENSIONES, en primer lugar, porque en el momento del traslado el 12 de mayo de 1995, el RAIS no estaba vigente para los servidores públicos territoriales y por otra parte, tampoco hay pruebas de la debida asesoría e información para el traslado, a

cargo de la pasiva Porvenir.

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas jurídicas y fácticas:

**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>4</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*

---

<sup>4</sup> Ley 100 de 1993, Artículo 32.

*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.”*

*(... ...)*

**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 1995:

*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.*** (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

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

Adicional a lo anterior, debe tenerse en cuenta, el Decreto 692 de 1994, norma especial que reguló la afiliación y vinculación de los servidores públicos del nivel departamental al sistema general de pensiones, y que dispuso en el artículo 9º como afiliados obligatorios al sistema general de pensiones, entre otros, “c) *Los servidores públicos incorporados al sistema general de pensiones*”. Pero, además, la misma norma, en el párrafo dispuso lo siguiente:

**ARTICULO 9o. AFILIACIONES OBLIGATORIAS Y VOLUNTARIAS.** *A partir del 1o. de abril de 1994, serán afiliados al sistema general de pensiones:*  
(...)

**PARAGRAFO. El sistema general de pensiones para los servidores públicos de los departamentos, municipios y distritos, así como de sus entidades descentralizadas, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha en que así lo determine el respectivo gobernador o alcalde.** *Esta incorporación podrá hacerse de manera gradual para determinados servidores públicos teniendo en cuenta, entre otros factores, la capacidad económica del organismo o entidad territorial y las proyecciones actuales, sin excederse en todo caso, de la mencionada fecha.”* (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

**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 1995, 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 *inexistencia* y la *ineficacia* del negocio jurídico, se trae a mención la distinción realizada por la Corte Constitucional en Sentencia C-345 de 2017, la cual, si bien no trata de un tema similar, por tratarse de una definición general que

aplica a todo tipo de contratos, resulta oportuno traerla a colación. En dicha decisión, la Corte dijo:

*4. Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad.*

*5. La **inexistencia** se produce en aquellos supuestos en los cuales los requisitos o condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, tal y como ocurre, por ejemplo, cuando falta completamente la voluntad, cuando no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o cuando no se cumple un requisito o formalidad previsto (ad substantiam actus) en el ordenamiento para la existencia del acto o contrato. La **nulidad**, en cualquiera de sus variantes, es una sanción aplicable al negocio jurídico cuando se configura un defecto en las denominadas condiciones de validez, por ejemplo, la capacidad de los sujetos, el consentimiento exento de vicios (error, fuerza y dolo) o la licitud de la causa y del objeto (...).”*

Por su parte, la CSJSL ha reiterado su línea de pensamiento con valor de doctrina probable, en los eventos de traslado o afiliación desinformada, la sanción es la **ineficacia** de tal acto o negocio jurídico, tal cual se expone en las sentencias CSJ SL 31989 del 9 sep. 2008, CSJ SL 31314 del 9 sep. 2008, CSJ SL 33083 del 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019, SL4373-2020, SL4811-2020, SL3202-2021, SL3035-2021 y más recientes SL1563-2022 y SL1952-2022.

## **6.9. HECHOS PROBADOS RELEVANTES**

Del examen de los medios de prueba documentales más relevantes, aportados por las partes y ordenados como pruebas en la audiencia del art. 77 del CPLSS, sin tachas, en conjunto con las contestaciones a la demanda por las entidades demandadas, se obtienen los siguientes hechos probados:

**6.9.1.** Que, la demandante, desde el año 1981, se vinculó con la Alcaldía Municipal de Páez, Belalcázar, Cauca, para desempeñar el cargo de auxiliar de servicios generales en la Normal de Señoritas de esa municipalidad, así se prueba con el acta de posesión respectiva (Ver documento digital 03AnexosDemanda, página 3, cuaderno de primera instancia).

Y, de acuerdo con la constancia laboral emitida por la Secretaría de Educación Departamental del Cauca del 12 de enero de 2016, la citada servidora tiene nombramiento en propiedad y desempeña el mismo cargo a favor del ente territorial, con un total de 34 años y 30 días de servicio para dicha data (03AnexosDemanda, pág. 7 ibidem).

**6.9.2.** Según el formato de solicitud de vinculación a PORVENIR S.A., aportado como anexo a la demanda por la accionante (03AnexosDemanda, pág. 6 ibidem), sólo aparece como fecha de solicitud el año de 1995, marcada la casilla de traslado de régimen, proveniente de CAJANAL y sin la firma de aceptación de la señora GRACIELA LEMUS OSSA.

No obstante, lo anterior, con la contestación, PORVENIR S.A. trajo formulario de vinculación debidamente diligenciado por la accionante, esto es, con su rúbrica o firma de la servidora, el cual no fue tachado ni objeto por la parte contra quien se aduce (ver documento digital 13Formulario afiliación Porvenir, del cuaderno de primera instancia). Este formulario, identificado con el Nro. 00527229, aparece diligenciado el día **12 de mayo de 1995** y en el mismo se indica que la demandante venía trasladada de CAJANAL.

Lo anterior se constata con el certificado de afiliación emitido por la AFP PORVENIR S.A., en el que consta:

*“GRACIELA LEMUS OSSA, identificado(a) con Cédula de Ciudadanía 25.559.336, se encuentra afiliado(a) al Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir desde el 12 de mayo de 1995.”* (Documento digital 12Certificado afiliación Porvenir, cuaderno primera instancia).

Lo anterior también se corrobora con el certificado de ASOFONDOS (Documento digital 17Vinculaciones Porvenir, cuaderno primera instancia).

**6.9.3.** Ahora, si bien la demandante no tiene afiliación ni aportes al ISS – COLPENSIONES, como se extrae de la información de la historia laboral reportada en cero (0) dentro del expediente administrativo, en todo caso, conforme la historia laboral consolidada en el RAIS, aportada por PORVENIR S.A. (Documento digital 15Historia laboral RAIS Porvenir, cuaderno primera instancia), la demandante tiene 2031 semanas cotizadas en toda su vida laboral, de las cuales 698 semanas son válidas para bono pensional, al ser cotizadas en el régimen de prima media con prestación definida, en el período comprendido entre el 14/12/1981 al 30/04/1995, teniendo como empleador a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA.

### **CONCLUSIONES:**

De acuerdo con las pruebas documentales reseñadas, se obtiene total certeza, al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la señora GRACIELA LEMUS OSSA, en calidad de servidora pública del orden territorial, venía prestando sus servicios al Departamento del Cauca desde el año 1981, y, por ese motivo, tiene 698 semanas válidas para bono pensional dentro del RPM.

En virtud de la calidad de la demandante como servidora pública del orden territorial, la AFP PORVENIR, al momento de realizar el traslado de la actora al RAIS el 12 de mayo de 1995, desconoció el artículo 9 del Decreto 692 de 1994, mediante el cual se determinó que la entrada en vigencia del sistema general de pensiones para los servidores públicos del orden departamental sólo opera a partir del 30 de junio de 1995, salvo si la entidad territorial decide mediante acto administrativo, acogerse el nuevo sistema pensional con fecha anterior.

En el curso de este proceso, no se aportó prueba alguna de que el Departamento del Cauca haya acogido el nuevo sistema pensional, antes del 30 de junio de 1995.

Ante estas situaciones jurídicas probadas, fácil es concluir que la Administradora Fondo de Pensiones Porvenir aceptó y le dio validez a un acto jurídico que no cumple con las condiciones para el surgimiento a la vida jurídica, de ahí que, el acto de traslado del RPM al RAIS administrado por PORVENIR S.A. no surte plenos

efectos jurídicos desde su suscripción; situación que debió advertir la administradora de pensiones si tenemos en cuenta que tales administradoras están obligadas a cumplir con suma diligencia, con prudencia y pericia las normas que las rigen, por lo que debió advertir la no vigencia del nuevo sistema general de pensiones para la demandante para el 12 de mayo de 1995, generándose claramente la INEXISTENCIA JURÍDICA de dicho traslado.

Además de la irregularidad del traslado advertida en este caso, también se violó el deber de información y los principios de buena fe y transparencia a que estaba obligada la AFP PORVENIR, para con la demandante, al momento del traslado de régimen pensional, que sí estaban vigentes para la fecha del traslado a voces del citado artículo 72, literal f) del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF), porque no hay evidencia probatorias de que le dio a conocer a la demandante la información necesaria sobre las condiciones, características, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes, de tal forma que la actora pudiera advertir las consecuencias de la decisión de traslado al régimen de ahorro individual y lo que implicaba la renuncia al régimen de prima media con prestación definida.

El sólo hecho que la accionante firmara el formulario de traslado, no convalida el requisito del deber de información, siguiendo la línea jurisprudencial reseñada de la CSJ-SL, en la cual se ha definido que la expresión *libre y voluntaria* del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone un conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión de esa índole, de ahí que, correspondía a PORVENIR S.A., en virtud de la carga de la prueba, dar cuenta de que documentó en forma clara y suficientes los efectos que acarreaba el cambio de régimen (condiciones, características, acceso, ventajas y desventajas), de tal forma que le permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, so pena de la ineficacia de ese tránsito.

Frente a este tema, importa además resaltar, no es necesario estar ad portas de causar el derecho o tener un derecho causado, toda vez que la Corte ha sido clara en limitar el regreso al RPM, cuando ha sido reconocida la pensión de vejez, por tratarse dicho estatus de una situación jurídica inmodificable, lo que no es el caso de la demandante, que aún conserva la calidad de afiliada al sistema general de pensiones.

Así lo recordó la CSJSL en decisión del 31 de mayo de 2022, SL1798-2022, Radicación N.º 89558.

Por todo lo anterior, se confirmará la decisión impugnada, frente a la declaración de inexistencia del traslado de la demandante, del RPM al RAIS.

## **7. DE LOS VALORES A DEVOLVER COMO CONSECUENCIA DE LA INEXISTENCIA DEL TRASLADO AL RAIS:**

**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 de la demandante 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 S.A., que de manera expresa solicita se le exima de la devolución, la Sala no avala tal pedimento por las siguientes razones:

Es procedente la condena atinente a la devolución de los gastos de administración que se recibieron mientras la señora GRACIELA LEMUS OSSA 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)**”.* (Negrilla fuera del texto original).

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 inexistencia 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 el acto jurídico de afiliación nunca produjo efectos en el ordenamiento jurídico, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ-SCL, SL4360-2019).

El mismo precedente atrás expuesto, sirve de sustento para confirmar la devolución de bonos pensionales (en caso de que estén en poder del fondo privado).

Sobre este punto y para responder la apelación de la apoderada de Porvenir S.A., en las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos.

Y es que, según el precedente de la CSJSL, *"...el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia."* (SL3349-2021).

Así, la declaratoria de ineficacia conllevaría, entonces, a la devolución con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual y que ordenó el juez, más los valores que esta Sala de Tribunal adicionará en virtud del precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la CSJ, con valor de doctrina probable.

Por lo expuesto, se confirma la decisión de primera instancia, adicionando en sede de consulta – a favor de COLPENSIONES- 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.

**7.2.** En relación con la **devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras**, analizado el tema en consulta, se confirma la decisión de primera instancia que concedió tal concepto, adicionándose 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 ibidem, lo que se observa es que se trata de un valor que debe correr por cuenta de la aseguradora con la que la AFP haya suscrito el seguro previsional. Lo anterior, en el evento en que no exista en la cuenta de ahorro individual el capital suficiente para financiar el pago de la pensión de invalidez o sobrevivientes, según sea el caso.*

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

**7.3. En sede de consulta, estima la Sala necesario abordar también el punto sobre la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR para la adquisición de los seguros previsionales,** ya que son valores que hacen parte de la cotización y su devolución surge dentro de los efectos de la inexistencia del traslado, como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, 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 inexistencia, 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 inexistencia, en tanto las dos figuras dan a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, 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 que corresponde 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. Es decir, en sede de consulta, se adiciona la sentencia consultada en este aspecto.

**7.4. En cuanto a las sumas por concepto de la cotización destinada a la garantía de pensión mínima:** la Sala estima procedente en sede de consulta adicionar la decisión de que PORVENIR S.A. 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 inexistencia 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 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 consultada, por ser procedente la devolución por parte de la AFP Porvenir S.A. de las sumas que haya descontado con destino a la garantía de pensión mínima, de la cotizaciones obligatorias que mes a mes recibió a nombre del demandante GRACIELA LEMUS OSSA, en tanto se trata de un rubro que en la

actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada.

Por lo expuesto, se adiciona la sentencia consultada en esos aspectos.

## **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, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 1995.

**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.

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 INEXISTENCIA 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 adocrinado 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.

Finalmente, para evitar futuros inconvenientes, se procede a aclarar la sentencia de primera instancia en el sentido que el nombre de la demandante es GRACIELA LEMUS OSSA, ya que, si bien en el acta de audiencia aparece dicho nombre en forma correcta, en el audio el juez dijo “GRACIELA LEMUS ACOSTA”, persona distinta a la demandante.

## 9. 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 la entidad apelante – AFP PORVENIR S.A., por cuanto no tuvo prosperidad su recurso de apelación.

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

## 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: ADICIONAR** el **ORDINAL QUINTO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, proferida el catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021), por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, CAUCA, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora GABRIELA LEMUS OSSA contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A., que proceda también a devolver y depositar a favor de COLPENSIONES los gastos de administración indexados, las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales, las sumas depositadas en el fondo de garantía de la pensión mínima y la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, siempre que éstas últimas se hayan causado; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ACLARAR** la sentencia de primera instancia, en sus **ordinales CUARTO, QUINTO y SÉPTIMO**, en el sentido que para todos los efectos se entenderá que el nombre de la demandante es GRACIELA LEMUS OSSA.

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

**CUARTO: 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.

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

**QUINTO:** 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**  
**(CON SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO)**

  
Firma válida  
providencia judicial  
**CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ**  
**MAGISTRADA SALA LABORAL**

  
Firma válida  
providencia judicial  
**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA**  
**MAGISTRADO SALA LABORAL**