

**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 junio de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUCÍA CLEMENCIA DÍAZ MORALES
DEMANDADOS	1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. 2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICADO	19-001-31-05-003-2020-00030-01
INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS-PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	- SE MODIFICA EL ORDINAL PRIMERO DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y CONSULTADA, PARA DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS. -SE MODIFICA EL ORDINAL PRIMERO DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y CONSULTADA, EN CUANTO A LA FECHA DE SUSCRIPCIÓN DEL FORMULARIO DE VINCULACIÓN Y DE LA EFECTIVA AFILIACIÓN DE LA DEMANDANTE A PORVENIR S.A.

	<p>- SE ADICIONA EL ORDINAL TERCERO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y CONSULTADA, PARA ORDENAR SE NORMALICE LA AFILIACIÓN DE LA ACTORA EN EL SISTEMA, REMITIR ARCHIVO Y DETALLE DE COTIZACIONES A COLPENSIONES E INCLUIR LAS CONDENAS A LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, LAS SUMAS PAGADAS POR LAS PÓLIZAS DE LOS SEGUROS PREVISIONALES Y LAS SUMAS DEPOSITADAS EN EL FONDO DE GARANTÍA DE LA PENSIÓN MÍNIMA, DEBIDAMENTE INDEXADOS, E IGUALMENTE, ORDENAR LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS ADICIONALES DE LAS ASEGURADORAS, SIEMPRE QUE SE HAYAN CAUSADO.</p> <p>-SE CONFIRMA EN LO DEMÁS.</p>
--	---

1. ASUNTO A TRATAR

Por razón del impedimento aceptado al Dr. Carlos Eduardo Carvajal Valencia, el proceso pasó al Despacho 02 para su trámite.

Y como quiera el suscrito Magistrado del Despacho 02 presenta salvamento parcial del voto, no hay Sala mayoritaria para la aprobación del proyecto de sentencia presentado a discusión y fue necesaria la conformación de la Sala con la colaboración de la CONJUEZ Dra. JOHANA ROJAS TOLEDO, debidamente nombrada y posesionada.

De conformidad con lo señalado en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, la Sala Laboral, integrada por los Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado ponente en turno, procede a proferir sentencia escrita que resuelve el **RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los apoderados judiciales de la parte demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., respectivamente, y a su vez, el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de COLPENSIONES**, contra la Sentencia No. 02 del diecisiete (17) de enero de dos mil veintidós (2022),

proferida en primera instancia por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, previo recuento de los siguientes,

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 PORVENIR S.A.; **(ii) Que en consecuencia,** la demandante tiene derecho a retornar al RPMPD, administrado por COLPENSIONES E.I.C.E.; **(iii) 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 actora y que dicho valor se consigne a COLPENSIONES E.I.C.E.; **(iv) Que se declare** que PORVENIR S.A., debe trasladar a la Administradora del RPM, los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la actora, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales, con los frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado; y **(v) Que se declare** que COLPENSIONES E.I.C.E., debe recibir las cotizaciones y demás conceptos provenientes de la cuenta individual de la actora en PORVENIR S.A.; **(vi) Condenar** a la parte demandada, de acuerdo a lo que resulte acreditado en forma *extra y ultra petita* y **(vii) Condenar** en costas a las demandadas.

Como **fundamentos facticos relevantes sostuvo**, que nació el 10 de mayo de 1965 y a la fecha tiene 54 años de edad y se vinculó al Municipio de Balboa, el 3 de septiembre de 1983, en el cargo de bibliotecaria, siendo afiliada al RPM, administrado por la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL MUNICIPAL del referido Municipio, hasta el 01 de diciembre de 1995, cotizando 4.475 días.

Señala que el 30 de noviembre de 1995, se trasladó a HORIZONTE hoy fusionada con PORVENIR S.A., mediante formulario de solicitud de vinculación No. 522615,

encontrándose actualmente afiliada a dicha AFP, porque una promotora de la citada administradora, se presentó y le informó a la actora, unas condiciones presuntamente más favorables, que las ofrecidas por la extinta caja de previsión social Municipal y por el entonces ISS, para obtener la pensión de vejez, incumpliendo la obligación de suministrar información relevante a la actora, quien manifestó un consentimiento que no fue suficientemente informado (Archivo No. 04, expediente digital de 1ra instancia).

2.2. Contestación de la demanda por COLPENSIONES

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderada judicial y luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, se **opone a todas las pretensiones**, al considerar, en el expediente no se constata que la demandante haya recibido una indebida asesoría, además de encontrarse prescrita la acción correspondiente.

Solicita, se ordene a PORVENIR normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIFP, y proceda a la devolución de aportes a COLPENSIONES, con la respectiva entrega del archivo y detalle de los aportes realizados durante su permanencia en el RAIS.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó: (I) *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;* (II) *Carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica;* (III) *Errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C;* (IV) *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;* (V) *Indebida aplicación de la normatividad que regula la asesoría en el traslado entre regímenes pensionales - vulneración del principio de la confianza legítima;* (VI) *Inoponibilidad por ser tercero de buena fe;* (VII) *Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen;* (VIII)

Cobro de lo no debido y (IX) Prescripción (Archivo No. 10, expediente digital de 1ra instancia).

2.3. Contestación de la demandada PORVENIR S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderada judicial y luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, se **opone a todas las pretensiones**, argumentando que la demandante es una persona capaz, quien manifestó de forma libre y voluntaria su decisión de traslado, al momento de la suscripción del formulario de vinculación; y que, al afiliarse, la actora recibió una asesoría integral, conforme a las normas vigentes para la época.

Agrega, a partir del 1° de enero de 2014, la AFP PORVENIR S.A., por cesión asumió los afiliados de HORIZONTE de buena fe y que, de acuerdo con formulario de vinculación suscrito ante la AFP HORIZONTE, la señora LUCIA CLEMENCIA DÍAZ MORALES, diligenció dicho formulario de vinculación por traslado, el 30 de noviembre de 1995.

Propuso como excepciones de mérito, las que denominó: I) Prescripción; (II) Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; (III) Buena fe; (IV) Inexistencia de la obligación de devolver comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación; (V) Prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo; (VI) Innominado o genérica; (VII) Inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado la demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones; y (VIII) Debida asesoría del fondo (Archivo No. 15, expediente digital de 1ra instancia).

2.4. Decisión de primera instancia

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento, concentrada, el día diecisiete (17) de enero de dos mil veintidós

(2022), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar sentencia No. 02, en la cual resolvió: **i) DECLARAR** la INEFICACIA de la afiliación en pensiones de la demandante, a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., suscrita el 30 de diciembre de 1995; **ii) DECLARAR** que la demandante nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPMPD; **iii) CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., a efectuar el pago o traslado a COLPENSIONES, como administradora del RPM, del total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a COLPENSIONES, junto con los bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido, y las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual de la actora por concepto de gastos de administración, así como las descontadas con destino a la garantía de pensión mínima; **iv) ORDENAR** a COLPENSIONES que reciba los valores trasladados por PORVENIR; **v) DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de fondo propuestas por las demandadas y **vi) CONDENAR** en costas a la AFP PORVENIR S.A.

TESIS DEL JUEZ: Sostuvo que, la demandante antes de su traslado a Porvenir, se encontraba vinculada al régimen de prima media por cuenta de su empleador Municipio de Balboa, Cauca.

Que, para la fecha en que la demandante suscribió el formulario de afiliación al RAIS, Horizonte hoy Porvenir SA, estaba obligada a entregar a la posible afiliada, previamente, una información clara y precisa de los aspectos favorables o desfavorables de la decisión a tomar, lo cual no se pudo probar en este caso, en tanto Porvenir SA sólo aporta como prueba de esa información, la firma del formulario suscrito por la demandante y no es idónea para constatar el cumplimiento de la obligación.

En consecuencia, de acuerdo a criterios jurisprudenciales de la CSJ-SCL, concluyó, en este caso no se comprobó que la demandada haya suministrado una información clara y precisa de los aspectos favorables o desfavorables de la decisión a tomar, para que la misma tuviera la condición de ser libre y voluntaria, razón por la cual el acto de afiliación es ineficaz, despachando en forma desfavorable, las excepciones propuestos por Porvenir S.A.

Además, con base en criterio de la CSJ-SCL, señaló que la presente acción no es susceptible de ser afectada por el fenómeno de la prescripción.

Por lo expuesto, dejó sin efecto la afiliación de la demandante a PORVENIR S.A., efectuada el 30 de noviembre de 1995 y condenó a la referida AFP a efectuar el traslado a Colpensiones del total de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega del mismo, junto con los bonos que eventualmente se hubieren expedido en favor de la actora, debiendo recibirlos COLPENSIONES, sin dilación alguna.

Igualmente, ordenó la devolución de las sumas por concepto de gastos de administración y con destino a la garantía de pensión mínima, desestimando también las excepciones formuladas por COLPENSIONES.

Por último, condenó en costas a PORVENIR S.A. Sin condena en costas a cargo de COLPENSIONES.

2.5. RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR PORVENIR S.A.

La demandada PORVENIR S.A., presentó recurso de apelación, respecto de los siguientes puntos:

1. Alega, para la fecha del traslado de la actora en diciembre de 1995, no se tenía claridad sobre las consecuencias negativas del traslado de régimen y sólo le convenía permanecer en el RPM a quien estuviera próximo a pensionarse, que no era el caso de la actora, porque para el año 1995 le faltaban 17 años para cumplir la edad de pensión.

2. Se opone a la devolución de los gastos de administración, porque se desconocen las reglas sobre restituciones mutuas, el cual *“... .. tiene como objeto fundamental, que los traslados patrimoniales que quedan sin justificación por la declaratoria de ineficacia del acto jurídico, sean devueltos a las partes que lo originaron, de tal forma que se les ponga las circunstancias en que se*

encontrarían si aquél no hubiese tenido lugar, fundamento normativo de las restituciones mutuas, se encuentra en el artículo 1746 del Código Civil.

Si bien, esa restitución no ofrece mayor complejidad, cuando el traslado patrimonial versa sobre bienes transmisibles, no ocurre lo mismo cuando éste se refiere a prestaciones que es inviable retrotraer particularmente, como es el caso de las gestiones de administración de los recursos del afiliado. Sobre el particular, conviene destacar, que cuando se trata de prestaciones de hacer, distintas a las de entregar cosas o de no hacer, la regla general es que lo ejecutado no es susceptible de retrotraerse, debido a que no es posible eliminar un comportamiento humano como si éste nunca se hubiese presentado; en consecuencia, cuando se trata de prestaciones de hacer o de no hacer, la doctrina Nacional ha precisado que sería necio pensar en una restitución por la propia naturaleza de las cosas, como devolver el trabajo ejecutado, el goce disfrutado, la abstención mantenida por la tranquilidad otorgada, esos reintegros, se dice, no son factibles, lo propio sucede con los contratos de tracto sucesivo, respecto de los cuales la Corte Suprema de Justicia, perdón, ha afirmado que por la terminación judicial pierde el contrato su fuerza para lo futuro, más quedan en pie los efectos hasta ese entonces surtidos.

Es así como las obligaciones que PORVENIR SA ha tenido que efectuar para que los dineros depositados en esas cuentas de ahorro individual de los afiliados puedan tener rendimientos, generan un beneficio para el afiliado, pues esos dineros depositados en las cuentas de ahorro individuales, gracias a la buena gestión de la administración a las inversiones que tiene que efectuar diariamente, sobre ellos se generan rendimientos a favor del afiliado para que éste pueda alcanzar a cumplir con el monto o el capital requerido dentro del régimen de ahorro individual, al cual pertenece la AFP.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que hay un doble fundamento que subyace a la regla de las restituciones mutuas, por un lado, la equidad, y por otro, la prevención del enriquecimiento sin causa, en ese orden de ideas, la ineficacia del negocio jurídico, genera como consecuencia principal, el derecho de las partes a ser restituidas al estado en el que estarían, si el negocio nunca se hubiera celebrado, es decir, produce efectos retroactivos. Esto implica, en los casos en que las partes han ejecutado una parte de las prestaciones, que tenían como fuente el negocio ineficaz, que habrá lugar a que cada una reciba de regreso lo que haya dado o entregado en cumplimiento del negocio, lo anterior, siempre y cuando, se trate de prestaciones susceptibles de retrotraerse, lo que incluye, por regla general, la hipótesis en las que se ha ejecutado prestaciones de hacer o de no hacer y los contratos de

tracto sucesivo en los que ya se han ejecutado una parte, en estos últimos supuestos, quien satisfizo su obligación, tiene derecho a conservar la prestación correlativa que haya recibido como contrapartida. Admitir lo contrario, esto es imponer a la parte que ha ejecutado las obligaciones que le son propias, la restitución de lo que recibió la otra parte, a cambio de una obligación que no puede deshacerse, desconocería los postulados de prevención del enriquecimiento sin causa, que están en la base del régimen jurídico de las restituciones mutuas, en efecto, una parte se vería beneficiada por el comportamiento de la otra, quien, además, no tendría que pagar contraprestación alguna, estos criterios generales permitirían en cada caso, establecer el alcance de las restituciones mutuas.

De igual forma, la aplicación de las reglas relativas a los efectos de la reivindicación a las restituciones que se ordenan en los casos de ineficacia de los negocios jurídicos, conducen necesariamente a que se reconozcan, entre otras partidas, las expensas realizadas en la conservación de la cosa que se debe restituir.

Así las cosas, al ordenar como consecuencia de la declaratoria de ineficacia en el traslado de régimen pensional, que se restituyan los valores que se han descontado para administrar los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual, está desconociendo las reglas sobre las restituciones mutuas, pues a pesar de que PORVENIR S.A. ejecutó cabalmente sus obligaciones y en tal virtud, generó una rentabilidad a favor del afiliado, aquellas gestiones se dejan sin la correlativa compensación a la que tiene derecho la entidad demandada, en este caso PORVENIR S.A.

Así pues, al resultar imposible retrotraer los efectos de las labores de administración desarrolladas por las administradoras de pensiones que ya se encuentran consolidadas, no es procedente ordenar la restitución de las sumas percibidas por ese concepto, pues con ellos se estaría quebrando, el equilibrio por el que se debe propender las restituciones mutuas.

En estos casos, en los que no resulta viable retrotraer los efectos de las prestaciones ejecutadas por uno de los contratantes, el carácter retroactivo de la declaratoria de ineficacia, no puede servir para generar un enriquecimiento injustificado para la otra persona, esto cobra especial trascendencia en los casos objeto de ineficacia en el traslado, pues se ha dejado claro que PORVENIR SA durante un periodo de tiempo, de más de 20 años, ha venido cumpliendo con la labor o la obligación que le es encomendada de administrar los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, por tanto, dicha gestión, a la luz de la misma ley 100 de 1993, artículo 20, debe ser contraprestada, como lo dispone, al permitir que un porcentaje de la

cotización se destinen a cubrir esas gestiones de administración, en las que tiene que incurrir la AFP PORVENIR SA.

De acuerdo con lo expuesto, solicito muy comedidamente a los señores magistrados, que se revoque la decisión de condenar a PORVENIR S.A., a devolver los gastos de administración, pues tal decisión lo que está generando, es un enriquecimiento en cabeza de la demandante y una en detrimento para PORVENIR S.A., quien ha estado cumpliendo con todo lo que le es propio dentro del régimen de ahorro individual y que con fundamento en el principio de buena fe y en la confianza legítima, ha ejercido todas, pues todas las obligaciones que están enmarcadas dentro del régimen de ahorro individual.”

2.6. RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR COLPENSIONES E.I.C.E.

Los reparos a la sentencia de primera instancia, se circunscriben a los siguientes aspectos:

“Nos oponemos de manera respetuosa, al fallo que se ha emitido por parte del señor juez, teniendo en cuenta que se ha omitido dentro de la parte resolutive de la sentencia, el traslado de la indexación de los gastos de administración y los seguros previsionales.

Frente a la indexación de los gastos de administración, ponemos de presente, como lo hemos venido haciendo en estos procesos, las sentencias SL 1421 y SL 1688 2019, en los que la honorable Corte Suprema de Justicia, manifestó que, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado, las AFP deben devolver al régimen de prima media, los gastos de administración, debidamente indexados.

Resaltamos que, en estas providencias, la Corte ha hecho énfasis en que sobre este rubro, es decir, sobre los gastos de administración, sí es procedente la indexación de los gastos, de ahí que y pues de ahí que no puede ser otro el querer de esta corporación de que el traslado de este rubro, se haga debidamente indexado, a efectos de evitar los efectos de la inflación sobre la moneda, los cuales pues consideramos no se superan con el traslado de los rendimientos financieros, pues esta no ha sido la interpretación de la Corte sobre este tema en particular, dado que en estas sentencias, pues que ya reseñé el máximo Tribunal de la Corte de la Justicia ordinaria ha sido claro y por demás, reiterativo, en indicar que sobre los gastos sí es factible la indexación y

si esto no fuese así, pues entonces la Corte no hubiese hecho estas consideraciones y aclaraciones en los fallos en cuestión y por el contrario pues ha venido corroborando este criterio frente a la procedencia de la indexación de los gastos de administración.

Para esos efectos, también ponemos de presente igualmente, que en reciente jurisprudencia, el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, ya ha acogido el precedente de la Corte Suprema de Justicia y ha manifestado que, en efecto, es procedente la indexación de los gastos de administración y tal como lo ha venido señalando la Corte Suprema de Justicia, en efecto, en la sentencia del 17 de noviembre de 2021, dentro del proceso con radicado 2020-00182, donde la demandante era la señora Beatriz Liliana Burbano Chamorro y con ponencia del Dr. Carlos Eduardo Carvajal Valencia, el Tribunal manifestó:

“Frente a este interrogante, relacionado con determinar si la sentencia de primera instancia debió incluir la devolución indexada de las sumas que en su momento se descontaron por concepto de gastos de administración, con cargo a los propios recursos de la AFP demandada, la respuesta habrá de ser afirmativa, y con ello se recogen las posiciones anteriores de esta sala, en los que se negaba el reconocimiento de la referida indexación, lo anterior, a fin de ser consecuentes con la directriz fijada por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos en los que se ha debatido sobre la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional y los efectos de su declaratoria, tal y como es el caso de las provincias SL 1688 de 2019, la cual se ha venido reiterando entre otras en las sentencias SL 3199 y SL 3719 de 2021”

Entonces en aplicación del precedente de la honorable Corte Suprema de Justicia y del precedente reciente del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial De Popayán, considero que debió incluirse por parte del despacho, el traslado de la indexación de los gastos de administración.

Así mismo y en cuanto a las sumas previsionales de la aseguradora, qué es el otro aspecto igualmente por el que nos oponemos al despacho, cuando no se metió en la parte resolutive de la sentencia, consideramos pues, que si bien es cierto, se ordenó el traslado de las cotizaciones, también lo es que no se ordenó la parte resolutive de la sentencia a PORVENIR devolver los valores correspondientes, a las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los cuales igualmente deben regresar al régimen de prima media, como consecuencia pues de la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado por la demandante y a efectos de no afectar el equilibrio

financiero de la entidad, teniendo en cuenta que para el pago de esas respectivas pólizas, los fondos efectúan un descuento directo de las cotizaciones mensuales que realizan los afiliados, y que al no volverse al régimen de prima media, pues claramente ocasionaría un detrimento patrimonial a COLPENSIONES, pues estarían recibiendo aportes incompletos.

Por lo anterior, solicito de manera respetuosa a los honorables magistrados, adicionar el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR a devolver a COLPENSIONES el valor correspondiente a las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y sobrevivencia teniendo en cuenta que en el escrito de contestación de la demanda, se solicitó expresamente al despacho, ordenar la devolución de este valor, en el evento de declararse la ineficacia del traslado.

Esta igualmente, con apoyo de la sentencia que acabé de reseñar, la sentencia del 17 de noviembre 2021, con ponencia del Dr. Carlos Eduardo Carvajal Valencia, en las que el honorable Tribunal, señala que, efectivamente, es procedente la declaratoria o el traslado de los seguros previsionales a COLPENSIONES, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, en efecto, y solicito de manera respetuosa al honorable tribunal, que se haga esta en la orden, quede consignada de manera expresa, en la parte resolutive de la sentencia, toda vez que pues desde el orden central nos manifiestan que pese a que en la parte en las en las consideraciones se hace alusión a que se ordena el traslado de las cotizaciones y se entendería que van incluidas estas primas, lo cierto es que, al momento del cumplimiento del fallo no se está haciendo por parte de los fondos, lo cual pues está digamos de alguna manera dilatando, se está dilatando el cumplimiento de los fallos y pues y teniendo problemas en el cumplimiento de las órdenes por parte del fondo a COLPENSIONES.”

3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

i) La apoderada de la demandante, solicita, se confirme la decisión de primera instancia, argumentando que la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., no cumplió con la obligación legal de brindar a la actora información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes

pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada para esa fecha, resaltando que ello no se extrae del interrogatorio de parte rendido por la actora y que el formulario de traslado que obra en el expediente, no puede considerarse como un documento que acredite el cumplimiento de los deberes legales de la AFP, ni que el consentimiento del trabajador fuese informado, conforme lo ha sostenido la CSJ-SCL (Archivo No. 21, expediente digital de 2da instancia).

ii) La demandada Porvenir S.A., por intermedio de apoderada judicial, allegó escrito de alegatos de conclusión mediante el cual solicitó, se revoque la decisión de primera instancia, argumentando que PORVENIR cumplió con el deber de información que le era exigible, para la fecha del traslado, razón por la cual no puede ser declarado ineficaz.

No obstante, de mantenerse la decisión, solicitó, no se ordene el traslado de las cuotas de administración, ni primas de seguro, pues con ello se desconocen las reglas sobre restituciones mutuas.

Alega que todas sus actuaciones las realizó de buena fe y que las decisiones judiciales deben considerar las reglas sobre restituciones mutuas, equidad y sostenibilidad financiera.

Para el efecto, hizo referencia al deber de información, a la vulneración del principio de confianza legítima, el desconocimiento de los límites del deber de información, la vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba y valoración probatoria y afirma que se desconocen las reglas existentes en materia de restituciones mutuas.

Finalmente, sostiene que los gastos de administración, no constituyen un detrimento al patrimonio del afiliado. (Archivo No. 23, expediente digital de 2da instancia).

iii) La apoderada judicial de Colpensiones, se ratificó en los argumentos expuestos en la contestación de demanda y en el recurso de apelación y señaló que, para el momento del traslado

de la actora, no les era exigibles a los fondos documentar las asesorías a sus afiliados, por fuera del formulario de afiliación.

Que en el evento en que el Tribunal confirme la decisión de primera instancia, se adicione el numeral tercero, de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de ordenar a la AFP accionada, trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores y sumas generadas como consecuencia de la afiliación del demandante al RAIS, especialmente lo atinente a las sumas adicionales de la aseguradora, en caso de que estas se hubiesen causado.

Además solicitó, se acceda a la petición especial contenida en el escrito de contestación de la demanda, relacionada con que se ordene a la APF accionada, que al momento de cumplir la orden, discrimine cada uno de los conceptos trasladados al RPM con sus respectivos valores, y normalice la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones SIFP, de manera que la devolución de estos valores se haga con la respectiva entrega del archivo y detalle de aportes realizados en el RAIS.

También peticona, que todos los valores ordenados en primera instancia, además de las sumas adicionales de la aseguradora, en caso de que estos se hubiesen causado, se trasladen a COLPENSIONES debidamente indexados, es decir, no solamente lo atinente a la indexación de los gastos de administración, tal como lo viene indicando la H. Corte Suprema de Justicia sobre el tema en sus reciente providencias. Lo anterior, en virtud del grado jurisdiccional de consulta (archivo No. 25, 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 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 los recursos de apelación formulados y en respuesta al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, la Sala Laboral resuelve los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS**:

5.1. Para responder al recurso de apelación de Colpensiones y en sede de consulta:

¿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 HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.?

Como asuntos asociados, se analizan los temas alegados sobre (i) las consecuencias jurídicas de la permanencia de la actora en el RAIS y (ii) la sostenibilidad financiera del RPM.

5.2. De ser procedente la declaración de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, en respuesta al tema sustentado en la apelación por parte de 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, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, las cotizaciones con destino al fondo de garantía de la pensión mínima, todos estos conceptos con su respectiva indexación, así como las sumas adicionales de la aseguradora?

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

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

Tesis de la Sala: La Sala concluye, se debe **CONFIRMAR** la declaración de ineficacia contenida en la sentencia apelada.

No obstante, se modificará el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y consulta, en el sentido de declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO del RPM al RAIS como tal.

Además, se modificará el mismo ordinal primero de la resolutive de la sentencia de primera instancia, como quiera que, el traslado surtido por la actora, a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., se suscribió el 30 de noviembre de 1995 y no el 30 de diciembre de 1995, como se señaló en la sentencia de primera instancia, teniendo, además, como fecha de inicio de efectividad 1° de diciembre de 1995.

Igualmente, es pertinente adicionar el ordinal tercero de la resolutive de la decisión de primera instancia, en tanto se

ordenará a PORVENIR S.A. que normalice la afiliación de la demandante en el sistema que corresponda y proceda también a entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes de la actora, conforme se petitionó por COLPENSIONES en su respuesta a la demanda, sin que hubiere sido objeto de pronunciamiento alguno por el A quo.

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas:

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

(i) *El régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones.*

(ii) *El sistema de ahorro individual con solidaridad, bajo la tutela de las Administradoras de pensiones privadas.*

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

En este régimen, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen *“un fondo común de naturaleza pública”*, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley¹. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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

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

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

(... ..)

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

(... ..)

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

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

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

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

6.9. Sobre casos similares al que nos ocupa, y en particular sobre el deber del suministro de la información clara, amplia y suficientes sobre los aspectos positivos y negativos de cada uno de los dos regímenes pensionales, a cargo de las AFP al momento de la afiliación y/o traslado entre regímenes, más allá de la firma del formulario, la CSJ-SL, ha desarrollado una tesis pacífica, que puede consultarse entre otras en las sentencias del 9 de septiembre de 2008 con radicados 31989 y 31314; sentencia del 22 de noviembre de 2011 con radicado 33083; sentencia

SL12136-2014; sentencia SL19447-2017; sentencias SL4964 y SL4689, ambas del 2018; sentencia SL1421-2019; SL373-2021; SL3156-2022.

En la 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. La demandante cuenta con aportes cotizados a pensión, por el empleador MUNICIPIO DE BALBOA-CAUCA, en el periodo comprendido del 03 de septiembre de 1983 al 31 de mayo de 1997 y del 01 de junio de 1997 al 30 de septiembre de 1997, siendo la caja, fondo o entidad a la que se realizaron los aportes el MUNICIPIO DE BALBOA-CAUCA, en el caso concreto del lapso del 03 de septiembre de 1983 al 31 de mayo de 1997 (Archivo No. 3, pág. 4, expediente digital de 1ra instancia).

Lo anterior se corrobora también con la historia laboral expedida por PORVENIR S.A., en la cual se constata que la actora cuenta con 4.475 días cotizados a su favor, por cuenta del MUNICIPIO DE BALBOA, en el periodo comprendido del 01 de septiembre de 1983 al 1 de diciembre de 1995. (Archivo No. 3, págs. 13-21, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.2. La señora LUCÍA CLEMENCIA DÍAZ MORALES también cuenta con periodos cotizados a pensión, por cuenta de la Gobernación del Departamento del Cauca, en el periodo comprendido del 01 de septiembre de 1997 al 30 de diciembre de

1997 y del 09 de junio de 1998 al 28 de febrero de 2014 (Archivo No. 09, pág. 7, expediente digital de 1ra instancia).

6.11.3. Con la respuesta a los hechos tercero y noveno de la demanda por PORVENIR S.A., así como el historial de vinculaciones de ASOFONDOS, la solicitud de afiliación radicada ante PORVENIR S.A., de fecha 30 de noviembre de 1995 y la certificación expedida por PORVENIR el 21 de octubre de 2020, quedan probados los siguientes hechos:

i) Que la señora LUCÍA CLEMENCIA DÍAZ MORALES se trasladó de COLPENSIONES al régimen de ahorro individual, ante HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., con fecha de solicitud de vinculación del 30 de noviembre de 1995 e inicio de efectividad el 1° de diciembre de 1995, encontrándose actualmente afiliada a dicha AFP PORVENIR (Archivo No. 14, págs. 1, 5 y 19, expediente digital de 2da instancia).

ii) El 1° de enero de 2014 se produjo una cesión por fusión entre la AFP HORIZONTE y PORVENIR S.A. (Archivo No. 14, pág. 19, expediente digital de 2da instancia).

6.11.4. La señora LUCÍA CLEMENCIA DÍAZ MORALES cuenta con un total de 1.153 semanas cotizadas a PORVENIR S.A. (Archivo No. 3, págs.13-21, expediente digital de 2da instancia).

6.11.5. En su interrogatorio de parte, la demandante no señaló hechos susceptibles de confesión y se resaltan sus dichos en punto a que, al momento del traslado, laboraba en la Alcaldía Municipal de Balboa y se les hizo una reunión donde les hicieron firmar el formato de ingreso o vinculación. Señala que nunca recibió extractos de su cuenta de ahorro individual y que, a su juicio, queda mejor liquidada en Colpensiones, pues no le favorece estar en Porvenir.

6.12. CONCLUSIONES:

6.12.1. Del estudio en conjunto de los medios de convicción documentales reseñados y las contestaciones de la demanda, aparece debidamente probado, en el momento del traslado efectivo al RAIS el 01 de diciembre de 1995, la demandante se encontraba afiliada al régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES, pues la actora cuenta con cotizaciones del 03 de septiembre de 1983 a diciembre de 1995, siendo la caja, fondo o entidad a la que se realizaron los aportes el MUNICIPIO DE BALBOA-CAUCA, es decir, la actora cotizaba desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y bajo estas normativas, especialmente, el literal A del artículo 12 de la ley 100 de 1993 y el artículo 52 de la ley 100 de 1993, se considera que la demandante estuvo afiliada al RPM.

6.12.2. Por otra parte, del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados con la demanda y su contestación, esta Sala advierte que la pasiva HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., estando obligada, no demostró en el proceso, que 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, 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, incluso el primero de diciembre de 1995, cuando se dio la afiliación efectiva a HORIZONTE hoy 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).

6.12.3. 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.

Además, al declararse la INEFICACIA del primer traslado al RAIS, deviene la ineficacia de los traslados posteriores entre las AFP del RAIS.

6.12.4. Ha de señalarse, con la sola firma del formulario de traslado, no se prueba la elección libre y voluntaria del traslado y tampoco son indicios serios de tal conducta, el hecho de que la actora no sea lega, haber permanecido en el RAIS por amplio tiempo y no haber solicitado información y proyección de la pensión, toda vez que, con la sola firma de la actora en el formulario de traslado en el año 1995, cuando se dio el traslado del RPM al RAIS, no se cumple el requisito legal del suministro de información, y los indicios alegados, no constituyen prueba idónea del cumplimiento de este deber legal que tenía HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., por ser la AFP con la cual se dio el traslado del RPM al RAIS, en el año 1995.

6.12.5. 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.

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

No obstante, se modificará el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y consulta, en el sentido de declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO del RPM al RAIS como tal.

Igualmente, se modificará el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y consulta, como quiera que, el traslado a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., surtido por la actora, se suscribió el 30 de noviembre de 1995 y no el 30 de diciembre de 1995, como se señaló en la sentencia de primera instancia, teniendo, además, como fecha de inicio de efectividad 1 de diciembre de 1995.

Así mismo, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, es pertinente adicionar el ordinal segundo de la resolutive de la decisión de primera instancia, en tanto se ordenará a PORVENIR S.A. que normalice la afiliación de la demandante en el RPM y proceda también a entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes de la actora, conforme se petitionó por la administradora del RPMPD, ya que dicho pedimento que hizo COLPENSIONES en su respuesta a la demanda (Archivo No. 10, pág. 4, expediente digital de 1ra instancia) no fue objeto de pronunciamiento por el Juez de Primera Instancia (Al respecto puede verse la sentencia de la CSJ-SCL SL629-2023).

7. SOBRE EL TRASLADO A COLPENSIONES DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, LAS PRIMAS DE SEGUROS PREVISIONALES Y LAS COTIZACIONES CON DESTINO AL FONDO DE GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, TODOS ESTOS CONCEPTOS INDEXADOS, ASÍ COMO LA DEVOLUCIÓN DE LAS SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA.

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

Igualmente, se adicionará la sentencia de primera instancia, para ordenar la devolución de los valores pagados por las primas de los seguros previsionales y la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, en el evento en que se hayan causado estas últimas, y a cargo de la demandada PORVENIR S.A.

Además, en virtud del grado de jurisdiccional de consulta y acorde con la línea de pensamiento de la CSJ-SCL, ante la solicitud elevada por COLPENSIONES en su escrito de alegaciones en segunda instancia, se adicionará el ordinal tercero de la resolutive de la sentencia impugnada, para ordenar que los valores a devolver, atinentes a gastos de administración, comisiones, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, deberán ser debidamente indexadas por la AFP PORVENIR, al momento de su devolución a la administradora COLPENSIONES.

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 actora permaneció afiliada a cada fondo privado demandado, 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).***²

En consecuencia, no es viable lo pretendido por PORVENIR 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.

7.2. En punto a la devolución de las sumas pagadas por la AFP PORVENIR, para la adquisición de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, surtido a favor de COLPENSIONES, la sala considera procedente adicionar el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia, para ordenar a PORVENIR S.A., la devolución de tal concepto también, pues son valores que hacen parte de la cotización y su devolución surge dentro de los efectos de la ineficacia del traslado, como figura jurídica que obliga a que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido y por eso es que la Corte Suprema de Justicia, a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

Y es que igualmente no se considera procedente que, para resolver la relación jurídica entre el afiliado y las administradoras vía ineficacia del traslado, se pueda echar mano a la validez de

² Negrita fuera de texto original

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 las AFP del RAIS demandadas, 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 las AFP del RAIS demandadas no devuelvan el valor de las primas de los seguros previsionales, implicaría la violación directa del artículo 1746 del Código Civil, aplicable según la jurisprudencia y como se explicó anteriormente, a la figura de la ineficacia, en tanto las dos figuras dan a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiere existido el acto o contrato, máxime, cuando en este proceso tampoco se ha demostrado que se contrató el seguro previsional ni el valor de la póliza que es colectiva y de participación, conforme al artículo 108 de la Ley 100 de 1993 y menos, cuál es el valor que de la respectiva prima de seguros le corresponde a la demandante afiliada en este proceso para que se pudiera proferir una decisión en concreto si llegare a ser procedente, por lo que también, por falta de prueba es imposible que no prospere lo referente a la devolución de las primas del seguro previsional, que como ya se dijo, se entienden incluidas en la devolución de la cotización completa al RPM.

En consecuencia, en sede de consulta, se adiciona la sentencia apelada y consultada en este aspecto, conforme se indicó previamente.

7.3. En relación con la **devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras**, analizado el tema en Consulta, se adicionará el ordinal tercero de la resolutive de la decisión de primera instancia también, a fin de ordenar la devolución de tal concepto, advirtiéndose que sólo resulta procedente, siempre que se hayan causado, conforme se expuso por esta Sala en anteriores casos, entre otros, en el proceso ordinario laboral con radicado 2021-00006: *“La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 08 de septiembre de 2008, radicación No. 31989, consideró que es procedente la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora. Lo anterior, ha sido ratificado en providencias SL2611-2020, SL4863-2021 y SL2601-2021. Asimismo, lo determinó en sede de instancia y en sus partes 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.”

7.4. SOBRE LA INDEXACIÓN DE LOS CONCEPTOS A DEVOLVER POR PARTE DE PORVENIR S.A., CON DESTINO A COLPENSIONES, CONCRETAMENTE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, APORTES PARA EL FONDO DE GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA Y LAS PRIMAS DE LOS SEGUROS PREVISIONALES:

En virtud del recurso de apelación propuesto por COLPENSIONES, el grado de jurisdiccional de consulta surtido a su favor y acorde con la línea de pensamiento de la CSJ-SCL, ante la solicitud elevada por COLPENSIONES en su escrito de alegaciones en segunda instancia, se adicionará el ordinal tercero de la resolutive de la sentencia impugnada, para ordenar que los conceptos a devolver, atinentes a gastos de administración, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, deberán ser debidamente indexados por la AFP PORVENIR, al momento de su devolución a la administradora COLPENSIONES.

Lo anterior, teniendo en cuenta lo señalado por la CSJ-SCL, por ejemplo, en sentencia SL4174 del 2021, la SL629-2023 y recientemente la SL769-2023 donde se señaló expresamente:

*“Por lo dicho Protección S. A, Old Mutual, Porvenir S. A. y Colfondos S. A. deben reintegrar los valores cobrados a título de gastos de administración, comisiones, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, **sumas debidamente indexadas y que les corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos (CSJ SL5292-2021), pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones.** Colfondos S. A. además, deberá devolver la totalidad de los aportes pensionales que actualmente se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus respectivos rendimientos y bonos pensionales.”³*

Así las cosas, ante la solicitud elevada por COLPENSIONES, en su escrito de alegaciones en esta instancia y en aplicación de la línea de pensamiento de la CSJ-SCL, se adicionará el ordinal tercero de la sentencia consultada, para ordenar la devolución indexada de los conceptos atinentes a gastos de administración, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, con el fin de que conserven su valor actualizado al momento de su devolución, conforme a la jurisprudencia en cita, ello en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de COLPENSIONES.

³ Negrita fuera de texto original

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 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, 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 las entidades apelantes – PORVENIR S.A. y COLPENSIONES E.I.C.E., por cuanto no tuvieron prosperidad sus recursos de apelación, respectivamente.

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

10. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: SE MODIFICA el ordinal PRIMERO de la parte resolutive de la sentencia No. 02 del diecisiete (17) de enero de dos mil veintidós (2022), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO de la demandante, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, según lo motivado en esta providencia.

SEGUNDO: SE MODIFICA el ordinal PRIMERO de la parte resolutive de la sentencia No. 02 del diecisiete (17) de enero de dos mil veintidós (2022), objeto de la presente impugnación y consulta, en tanto el traslado a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., fue suscrito el 30 de noviembre de 1995 y no el 30 de diciembre de 1995 como se señaló en la sentencia de primera instancia, teniendo además como fecha de inicio de efectividad el 1° de diciembre de 1995, según lo motivado en esta providencia.

TERCERO: SE ADICIONA el ordinal TERCERO de la parte resolutive de la sentencia No. 02 del diecisiete (17) de enero de dos mil veintidós (2022), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A., que normalice la afiliación de la demandante en el RPM y proceda también a entregar a COLPENSIONES el archivo y detalle de los aportes de la actora, según lo motivado en esta providencia.

CUARTO: SE ADICIONA el ordinal TERCERO de la parte resolutive de la sentencia No. 02 del diecisiete (17) de enero de dos mil veintidós (2022), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a las AFP PORVENIR, S.A., a devolver y depositar en Colpensiones los gastos de administración, las sumas pagadas por las pólizas de los seguros previsionales y las sumas depositadas en el fondo de garantía de la pensión mínima, todos estos conceptos debidamente indexados; e igualmente, se ordena 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.

QUINTO: SE CONDENA en costas de segunda instancia a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, respectivamente, a favor de la parte demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

SEXTO: 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



Firma válida
providencia judicial

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL



JOHANA ROJAS TOLEDO
CONJUEZ

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
(IMPEDIMENTO ACEPTADO POR LA SALA)

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO A LA SENTENCIA
PROFERIDA POR LA SALA LABORAL

Con el acostumbrado respeto, me aparto de la decisión mayoritaria de incluir la condena en contra de la AFP del RAIS demandada, a la devolución de las sumas pagadas por concepto

de las primas para la adquisición de los seguros previsionales, en primer lugar, porque no comparto el criterio relacionado con el pago de tales primas de los seguros previsionales con cargo al patrimonio de las AFP, al estar en contravía del tenor literal del artículo 20 de la Ley 100, en concordancia con el literal b) del artículo 60, en donde claramente se disponen los porcentajes de distribución de LAS COTIZACIONES de los afiliados, entre otros, para la compra de los seguros provisionales para beneficio de los afiliados.

Además, el legislador claramente asignó a las AFP del RAIS la función de ser simplemente administradoras de la cuenta individual de cada afiliado, como lo dispone expresamente el artículo 59 de la misma ley y estaba obligada por mandato legal a la compra de tales seguros previsionales, se insiste, cuyos beneficiarios son los afiliados, jamás las AFP, en la medida que las pensiones del RAIS se pagan con cargo a los recursos de la cuenta individual de cada afiliado, sin que las AFP cubran algún faltante con su propio patrimonio.

Para la compra de estas pólizas de seguros, las AFP sacan los recursos de los aportes de cada afiliado y a su vez Colpensiones del fondo común, toda vez que los beneficiarios del seguro son los afiliados.

Finalmente, porque tales negocios jurídicos con terceros de buena fe, sí conservan validez y producen efectos jurídicos, a pesar de la declaración de ineficacia del traslado.

Acorde con lo expuesto, respecto de estos gastos realizados por las AFP, en cumplimiento a un mandato legal, en favor del administrado, no procede ordenar la devolución como consecuencia de la declaración de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

En segundo lugar, reconsidero la decisión que había tomado en proyecto anteriores y salvo parcialmente el voto respecto a la condena a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, siempre que se hayan causado e indexadas, porque no procede tal condena, en la medida que su causación necesariamente deviene del hecho del reconocimiento de la pensión de invalidez o de sobrevivientes y en tal evento, no

Proceso ordinario laboral. Radicación 19-001-31-05-003-2020-00030-01. Demandante: LUCÍA CLEMENCIA DÍAZ MORALES, Demandadas: COLPENSIONES E.I.C.E. y PORVENIR S.A.

procedería la declaración de ineficacia del traslado y/o afiliación al RAIS, como tampoco de la referida condena.



LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL