

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA.

Popayán, cinco (5) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado concedido a las partes para presentar por escrito alegatos de conclusión y dando aplicación a lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, le corresponde a la Sala entrar a resolver los recursos de apelación formulados por las apoderadas judiciales de las entidades demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, frente a la Sentencia N° 021 de 22 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **SIGIFREDO CORTÉS ROJAS** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**; al igual que el grado jurisdiccional de consulta que sobre la referida providencia debe agotarse en favor de esta última entidad. Asunto radicado bajo la partida No. **19-001-31-05-003-2020-00038-01**.

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

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES:

1.1. La demanda

Como antecedentes fácticos relevantes, se tienen los contenidos en la demanda cuya copia obra en el archivo “003Demanda.pdf” del cuaderno

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

principal del expediente digital, a partir de la cual la parte demandante pretende lo siguiente: **i)** se declare la nulidad del acto de traslado del RPM al RAIS; **ii)** se declare y condene a Porvenir SA a asumir con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez del actor, por los gastos de administración en que hubiere incurrido; **iii)** declarar y condenar a Porvenir SA, a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de las aseguradoras, con los rendimientos que se hubieren causado, y; **iv)** condenar a las demandadas al pago de las costas procesales que surjan en el proceso.

1.2. Contestación a la demanda.

1.2.1. La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. al ejercer su derecho de contradicción con la contestación de la demanda, obrante en el archivo *"09ContestaciónDemandaPorvenir.pdf"* del cuaderno principal del expediente digital, aceptó algunos de los hechos, negó otros, se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y formuló las excepciones de fondo de: *"prescripción"*, *"prohibición legal de aplicar retroactivamente la ley"*, *"cumplimiento del deber de información aplicable al momento de la vinculación"*, *"límites del deber de información"*, *"principio de confianza legítima"*, *"falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas"*, *"buena fe"*, *"inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación"*, *"prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo"*, *"innominada o genérica"*, *"inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones"* y *"debida asesoría del fondo"*.

1.2.2. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- dio respuesta a la demanda mediante el memorial cuya copia obra en el archivo denominado *"012.ContestaciónDemandaColpensiones.pdf"* del cuaderno principal del expediente digital, aceptando algunos hechos y señalando no constarle otros,

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

oponiéndose a las pretensiones y formulando las excepciones de fondo de: *“inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación del demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma”, “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”, “carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en el proceso”, “errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C.”, “indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales – vulneración del principio de confianza legítima”, “inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen”, “se otorga un alcance que no corresponde al contenido de los Decretos 663 y 692 de 1994, en cuanto a la voluntad vertida en el formulario de afiliación”, “responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social”, “sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación”, “improcedencia de la declaración de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante ya tiene una situación jurídica consolidada o adquirió el estatus de pensionado” y “prescripción”.*

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez agotadas las audiencias correspondientes a la primera instancia, el *a quo*, en audiencia de juzgamiento celebrada el 2 de mayo de 2022, dictó sentencia en la que resolvió: **(i)** declarar la ineficacia de la afiliación en pensiones del demandante, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, suscrita el 23 de junio de 1995; **(ii)** declarar que, para todos los efectos legales, el demandante nunca se trasladó al RAIS, permaneciendo en el RPM. **(iii)** condenar a la AFP Porvenir S.A., a pagar o trasladar a Colpensiones, el total del capital y los rendimientos financieros, existentes en la cuenta de ahorro individual del 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 del demandante por concepto de gastos de administración, así como para el fondo de garantía de la pensión mínima. **(iv)** ordenar a Colpensiones recibir los valores trasladados por Porvenir SA. **(iv)** declarar no probadas las excepciones de

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

fondo formuladas por Porvenir SA y Colpensiones, y **(v)** condenar a la AFP Porvenir S.A. a pagar las costas que se liquiden a favor del demandante, fijando el valor de las agencias en derecho en suma equivalente a un (1) smlmv.

Como fundamento de la decisión, en síntesis, el *A quo* expuso que, en el presente caso, dando aplicación a lo consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 y los lineamientos jurisprudenciales fijados en sentencias SL1452-2019; SL1421-2019; SL1868-2019, así como del Tribunal de Popayán en proceso de radicación 2017-00119 de 27 de junio de 2019, que constituyen precedente vertical, resultaba procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la parte actora al RAIS, como quiera que la AFP demandada no logró acreditar que le brindó de manera previa a la suscripción del formulario de afiliación, información clara y precisa sobre los aspectos favorables y desfavorables de la elección del referido régimen pensional, y poder así tomar una decisión libre y voluntaria, en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, máxime, cuando la sola afirmación pre impresa en el formulario, no es prueba idónea para concluir que sí se le entregó la debida información.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Inconformes con la decisión de primera instancia, tanto la apoderada de la AFP Porvenir S.A. como de Colpensiones formularon recursos de apelación, así:

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

La apoderada de la AFP Porvenir S.A. formuló recurso de apelación manifestando no estar conforme con la decisión. Al respecto indicó que el SGP está conformado por dos regímenes que resultan excluyentes entre sí, en cuanto a requisitos, distribución de los porcentajes de cotización y prestaciones, que en el RPM están previamente definidos para sus afiliados,

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

lo que no sucede en el RAIS, en el que, para el caso de la pensión, está dependerá de los valores ahorrados en la CAI.

Señaló que resulta inequitativa la forma como se trasladó la carga de la prueba al fondo de pensiones, en la medida que no se trata de afiliados legos, que estuvieron en capacidad de solicitar información necesaria para efectuar el traslado de régimen pensional a tiempo, esperando hasta el último momento para averiguar cuál era la opción más conveniente. Refirió que para el caso del demandante, su permanencia en el RAIS ha sido de más de 25 años, sin que hubiese hecho lo posible para informarse sobre las diferencias de los regímenes pensionales, a través de los diferentes canales que existen, como es el caso de la defensoría del consumidor, la Superfinanciera, los Ministerios de Trabajo y Hacienda, o en su defecto, ejerciendo el derecho de retracto dentro de los 5 años siguientes al traslado o antes de que le faltaran 15 años para cumplir la edad de pensión. No siendo viable entonces que sea esa AFP la que deba asumir las consecuencias de las decisiones, omisión o inacción del actor, en tanto el desconocimiento de la norma no es excusa, tal y como deviene del artículo 1509 del Código Civil, haciendo inconducente la inversión de la carga de la prueba, en tanto para la fecha que se realizó el traslado, el único documento existente como soporte de la asesoría brindada, era el formulario de vinculación dispuesto para el efecto por la misma ley y con vigilancia de la Superfinanciera, encontrándose ajustado el proceder de Porvenir SA conforme lo establecido en la ley.

De igual forma refirió que con la decisión emitida se están desconociendo las reglas existentes en materia de restituciones mutuas, no siendo procedente la orden de devolución de los gastos de administración, en tanto éstos fueron utilizados en la operación normal de la administradora e hicieron posible que los saldos depositados en la CAI obtuvieran rendimientos, que a su vez impide concluir un detrimento en el patrimonio del afiliado, para dar así cumplimiento a las obligaciones impuestas en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994.

Finalmente, señaló que, de haber permanecido el actor en el RPM, también habría tenido que incurrir en gastos de administración, en tanto tal

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

descuento deviene del mandato consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, para ambos regímenes. Por lo tanto, solicitó la revocatoria de la decisión en cuanto a la devolución de los gastos de administración.

3.2. Del recurso de apelación formulado por Colpensiones.

La apoderada de Colpensiones formuló recurso de apelación, en cuanto la decisión no incluyó dentro de los valores a reintegrar al RPM, los rubros correspondientes a indexación de los gastos de administración, las sumas adicionales de la aseguradora y las primas de los seguros previsionales, respecto de los que solicitó la adición de la sentencia.

Frente a la indexación, solicitó tener en cuenta lo dicho por la CSJ en providencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL 1881-2019, conforme a las cuales, conforme a la declaratoria de ineficacia del traslado, las AFP deben devolver al RPM, los valores destinados al cubrimiento de los gastos de administración, debidamente indexados. Criterio que precisó, ya fue objeto de acogimiento por parte de la Sala laboral del Tribunal de Popayán, mediante providencia de 17 de noviembre de 2021 (rad. 2020-00182), reiterado en providencia de 9 de febrero de 2022 (rad. 2020-00183).

En cuanto a las primas destinadas al pago de los seguros previsionales, manifestó que si bien es cierto el juez de primera instancia ordenó la devolución de la totalidad de los apartes, el referido rubro no fue citado de manera expresa en la parte resolutive de la decisión, siendo necesario, para de esa manera garantizar el retorno íntegro de los aportes, tal y como lo señaló el Tribunal en providencia de 17 de noviembre de 2021.

Finalmente, en cuanto a las sumas adicionales de la aseguradora, señaló que también procedente su devolución, de conformidad con providencia del Tribunal de 28 de febrero de 2022 (rad. 2021-0006). Por lo tanto, solicitó en caso de decidirse por la confirmación de la declaratoria de ineficacia, se ordenara la adición de la sentencia de primer grado, en cuanto a la indexación de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales y las sumas adicionales de la aseguradora.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En firme el auto que admitió la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, se dio traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días, conforme lo dispuesto el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

En este punto es importante resaltar que los alegatos no constituyen una oportunidad adicional para cambiar o adicionar los fundamentos del recurso de apelación y a ellos se contraerá la Sala al resolver la alzada. Dentro de los términos concedidos, solamente la AFP Porvenir SA y Colpensiones presentaron alegatos de conclusión, así:

4.1. La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., presentó alegatos de conclusión solicitando la revocatoria de la decisión de primer grado, en tanto esa AFP cumplió con el deber de información que le era exigible para la fecha de los hechos o del traslado, por lo cual el acto jurídico no puede ser declarado ineficaz. Sin embargo, precisó que, de mantenerse la decisión, solicitaba, tal y como señaló al argumentar la alzada, que en las devoluciones no se incluyan valores referentes a cuota de administración, toda vez que a la luz de lo preceptuado en el artículo 1503 del C.C., el demandante es una persona capaz y al haber firmado el formulario de vinculación ante la AFP, formalizó dicho trámite conforme la regulación vigente para la época, por ello el objeto y la causa del traslado son lícitos, generándose obligaciones recíprocas para ambas partes. Llamó la atención, que las decisiones que en sede judicial se tomen en estos casos de solicitud de traslado de régimen, deben considerar las reglas sobre las restituciones mutuas, la equidad y el principio de sostenibilidad financiera regulado en el art 48 de la Carta Política de Colombia, el mantenimiento del orden legal y la seguridad jurídica.

4.2. A su turno, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones en sus alegatos, manifestó remitirse a los argumentos expuestos al contestar la demanda y sustentar la alzada. Así mismo señaló

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

que la decisión de primer grado se fundamentó en el hecho de que por parte de la AFP no se brindó la debida asesoría al demandante, obviando tener en cuenta que, para el momento del traslado, no le era exigible a los fondos documentar las asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de afiliación. En consecuencia, señaló que en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, no es procedente la declaratoria de ineficacia de traslado, máxime, cuando tampoco se cumplen los requisitos previstos en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al RPM en cualquier tiempo.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

5.1. COMPETENCIA: En virtud de lo consagrado en el artículo 66 del C.P.T.S.S., con la modificación incorporada por el artículo 10 de la ley 1149 de 2007, es esta Sala de Tribunal competente para conocer de la alzada propuesta por la parte demandada –AFP Porvenir y Colpensiones-, en contra de la sentencia enunciada en los antecedentes, por ser el Superior Funcional del Juzgado que profirió la decisión atacada, la cual además es susceptible de ser revisada, en razón del grado jurisdiccional de consulta, al tratarse de una providencia que en primera instancia trajo consecuencias a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-; de quien es garante la Nación, como quiera que le impuso como carga, aceptar al demandante como afiliado del RPM (artículo 69 del CPT y de la SS).

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS: En virtud del grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación formulados por la AFP Porvenir SA y Colpensiones, la Sala considera como problemas jurídicos a resolver los siguientes:

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

5.2.2. De ser afirmativa la respuesta frente a la declaratoria de ineficacia, ¿fue acertado ordenar a la AFP Porvenir SA que también trasladara a Colpensiones lo que en su momento descontó por concepto de gastos y/o comisiones por administración?

5.2.3. Fue acertado no incluir dentro de los valores que se impuso devolver a la AFP Porvenir SA, ¿la indexación de los gastos y/o comisiones por administración, los valores destinados al pago de las primas de los seguros previsionales y las sumas adicionales de la aseguradora?

5.3. TESIS DE LA SALA: La tesis de la Sala, por una parte, se orienta a **confirmar** la sentencia de primera instancia, en cuanto a la declaratoria de ineficacia de la afiliación al régimen pensional solicitado en la demanda, como quiera que por parte de la AFP demandada no se acreditó que de manera previa al acto de traslado, le suministró a la parte actora información completa y suficiente sobre los beneficios y las consecuencias que la referida selección podía generar frente su derecho pensional; siendo igualmente acertada la orden impartida a Porvenir SA, en cuanto a trasladar a Colpensiones, el capital, los rendimientos financieros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante y lo descontado por concepto de gastos de administración y con destino al fondo de garantía de la pensión mínima. Declaratoria de ineficacia respecto de la que no resulta aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción, pero sí la devolución indexada de los valores descontados por concepto de gastos y/o cuotas por administración y los dineros que de la cotización obligatoria se descontaron mes a mes por concepto de primas de seguros previsionales,

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

en tanto la cotización debe ser trasladada completamente al RPM, a fin de preservar el equilibrio financiero del sistema, aspectos sobre los cuales debe **adicionarse** la providencia materia de revisión. Respecto de las sumas adicionales de la aseguradora no hay lugar a imponer su devolución, como quiera que en el proceso no se acreditó la causación de tales rubros.

5.3.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

• Del primer problema jurídico:

En la forma como fue concebido el Sistema de Seguridad Social Integral que trajo consigo la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes que este trajo consigo, bien sea el RPM y/o el RAIS, por selección inicial o traslado, deberá obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

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

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

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

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

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

Sobre el deber de las administradoras de fondos de pensiones, de suministrar información completa y verás sobre los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones a sus posibles afiliados,

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

en torno a su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, se tiene que el mismo constituye una obligación que se ha venido imponiendo y desarrollado a través de diferentes dispositivos, entre los que se encuentran, entre otros, el Estatuto Orgánico y Financiero (literal f) artículo 72 y numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993), la Ley 100 de 1993, el Decreto 720 de 1994 (artículo 12), la Ley 795 de 2003, el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009, por medio del cual se modificó el literal c) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993¹, la Ley 1741 de 2014, por medio de la cual se adicionó con un párrafo el artículo 9° de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2071 de 2015.

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

Sobre el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, tratándose del traslado a un régimen pensional a otro, pueden ser objeto de revisión y son fundamento de esta decisión, entre otras, las sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, reiteradas en sentencia de 22 de noviembre de 2011 (radicado 33083), sentencia SL12136 de 3 de septiembre de 2014, SL19447-2017, SL 16889-2019, SL 4964 -2018, SL 4689-2018, SL1452-2019 y la providencia SL1421-2019 de 10 de abril de 2019, radicado 56174.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

A partir de estas providencias, quedaron establecidos como deberes a cargo de las AFP desde la entrada en vigencia del RAIS y son lineamientos jurisprudenciales que orientan este tipo de decisiones sobre afiliaciones o traslado de régimen los siguientes:

“1. Las administradoras de fondos de pensiones y cesantías, tienen una responsabilidad profesional con sus afiliados, y entre sus múltiples deberes está el de información.

2. El deber de información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

3. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

4. La información, en asuntos como la elección del régimen pensional debe centrarse en proporcionar ilustración suficiente, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. Es decir, debe estar dotada de transparencia máxima.

*5. Aunque la solicitud de vinculación inicial se encuentre firmada por el afiliado, y allí se indique que la **selección** se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si la **decisión** del afiliado se adoptó sin el pleno conocimiento de lo que ello entraña, no podría predicarse que la selección tiene tales características.*

6. La libertad y voluntariedad en el traslado implica que la decisión fue adoptada teniendo en cuenta los alcances positivos y negativos en su adopción.

7. Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

*8. Como reglas básicas para estimar si el traslado cumplió los requisitos de transparencia están: el conocimiento de los beneficios que dispense cada régimen, la proyección del monto de la pensión que se percibiría en cada caso de uno de ellos, la diferencia en el pago de aportes que se realizan en cada régimen, y las implicaciones y conveniencias de la decisión”.*²

Para esta Sala, las reglas previstas por la SL de la CSJ para los casos de traslado de régimen pensional, resultan también aplicables para los casos de afiliación o selección del régimen pensional por primera vez, como quiera que del contenido de los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, se advierte que los mismos tratan del ejercicio de la elección tanto al momento de la vinculación como del traslado, de donde es dable concluir, que las situaciones relativas al cumplimiento del deber de información no solo es predicable de las situaciones de traslado, sino también de selección inicial de régimen pensional.

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

Ahora bien, descendiendo al caso sometido a estudio, de los medios de prueba aportados y practicados dentro de la actuación judicial (archivos 04, 10 y 13 del expediente digital – cuaderno principal), entre los cuales se encuentran: historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir S.A.; Formato 01: Certificado de información Laboral; certificación de vinculación a Porvenir S.A.; certificación del Sistema de Información Administrativo y

² Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, sentencia de 09 de junio de 2016, proceso radicado 76001-3105-012-2014-00744-01. M. P. Leomara del Carmen Gallo Mendoza.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Financiero SIAFP e historia Laboral expedida por Colpensiones, se tiene que para efectos pensionales el demandante cuanta con los siguientes periodos cotizados y tiempos de servicios, del 21 de junio de 1990 al 15 de enero de 1991, a través del ISS hoy Colpensiones; del 18 de junio de 1991 al 30 de junio de 1995, a través de la Caja de Previsión Departamental y del 1° de julio de 1995 a través de la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir, en donde continuó cotizando hasta la actualidad. A pesar de que la afiliación en el RAIS se llevó a cabo el 23 de junio de 1995, solo se hizo efectiva a partir del 1° de julio del mismo año.

Ahora bien, en la demanda, se afirma que el demandante fue trasladado de régimen pensional, sin que le fuese suministrada información completa, clara, oportuna y comprensible sobre el traslado y sus consecuencias; afirmación que la Sala encuentra no fue desvirtuada por la AFP Porvenir S.A., quien comparece al proceso, por una parte, como cesionaria de la entonces AFP Horizonte S.A. con la que inicialmente se materializó el traslado de régimen pensional y actual AFP a la que se encuentra afiliado el actor.

En el sentir de la Sala, el cumplimiento del deber de asesoría, no se suple con el aporte del formulario de traslado de régimen pensional, ni con los de traslado entre administradoras del RAIS, pues si bien es cierto, no se puede desconocer que con las firmas en ellos impuesta se refleja la voluntad del afiliado de realizar cada uno de esos actos, no son suficientes para constatar que se trató de una manifestación debidamente informada, en la forma y términos que precisa el criterio jurisprudencial que actualmente impera.

Es decir, por parte de la AFP se obvió aportar los medios de prueba que permitieran establecer en qué términos o forma fue que le brindó la información y asesoría debida al demandante, lo cual era de suma importancia, pues dadas las condiciones de orden legal que rigen el actuar de la administradoras de fondos de pensiones, constituye un deber y no una simple liberalidad, el suministro de información o asesoramiento integral sobre el producto que se ofrece, para de esa manera poder entender que cuando se acepta el servicio ofrecido, el usuario lo hace con el pleno

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

conocimiento tanto de los beneficios como de las consecuencias, y por ende, obedece a una decisión adoptada de manera consiente y voluntaria, pues no sería lógico que ante un derecho de tanta importancia como lo es la pensión, el afiliado escoja o acepte unas condiciones que le hagan más dificultosa la consolidación del derecho, o en su defecto, generen la reducción o mengua del mismo.

Como lo ha venido enseñando la jurisprudencia especializada, el suministro de información no solo hace referencia a la ilustración sobre las características, condiciones y forma de vinculación al régimen, sino también a conocer de los efectos y riesgos de esa vinculación y/o traslado frente al derecho pensional, y así deviene de las obligaciones impuestas a las entidades vigiladas, entre las que se encuentran las administradoras de fondos de pensiones, desde el mismo Estatuto Orgánico Financiero – Decreto 663 de 1993- , cuando en el numeral 1° del artículo 97 original, les señaló como un deber, el suministrar a los usuarios de los servicios que presten, 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**, de ahí que no sea dable afirmar, en casos como el presente, que por parte de los jueces se está sancionando el incumplimiento del deber de asesoramiento, con normas que no existían para la fecha en que se llevaron a cabo las vinculaciones iniciales o los traslados de régimen pensional, incurriendo en una indebida aplicación retroactiva de la ley, pues por el contrario, lo que se evidencia a partir de la norma traída a colación, es que desde aquella época, el deber de información implicaba el de brindar asesoramiento al afiliado, para de esa forma poder concluir que el ejercicio del derecho de elección, para vinculación inicial o traslado, estuvo precedido de un conocimiento claro, completo y preciso, sobre las implicaciones de la decisión.

La Sala tampoco encuentra como el hecho de haber perdurado la afiliación del demandante en el régimen privado durante varios años, pueda convalidar las deficiencias de la afiliación, pues es precisamente cuando ya se encuentra ad portas de causar el derecho pensional, que puede advertir que las promesas que la llevaron a aceptar la afiliación y/o el traslado al

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

RAIS fueron ilusorias, pues no se cumplió la promesa de una mesada pensional más alta o mejor de la que pudo adquirir o consolidar en el RPM.

Es por lo tanto, la inexactitud de la información suministrada y/o la omisión sobre la forma como el nuevo régimen se pudo materializar en el caso específico del actor, el hecho que generó la declaratoria de ineficacia de la selección del RAIS como régimen pensional, pues la AFP no ejerció ninguna labor probatoria que permitiera determinar que en el acto de ofrecimiento del servicio, le proporcionó al afiliado información suficiente, que llevara aparejado como un hecho indiscutido, que la decisión emitida fue libre y voluntaria, o como mínimo, que el personal asignado para brindar asesoría para efectos de la vinculación del demandante, tenía los conocimientos necesarios para efectuar tal labor.

Carga de la prueba que en el presente asunto estaba a cargo de la AFP demandada, por el hecho de que en la demanda se partió de una negación indefinida que en virtud de lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, eximía de prueba a la parte actora y la trasladaba a la contraparte, en este caso, a la administradora de los fondo de pensiones, que para desvirtuarla, debía acreditar la ocurrencia del hecho contrario, esto es, que por parte de esa entidades si se brindó la asesoría debida y como no lo hizo, generó que la decisión resultara adversa a sus intereses.

Es entonces, ante la falta de pruebas que permitan desvirtuar las negaciones indefinidas expuestas en la demanda, y por el contrario, el cumplimiento de las normas relativas al suministro de información suficiente, amplia y oportuna, que estaban vigentes para el año 1995, fecha en que se dio la traslado al RAIS, así como en aplicación a las sub reglas fijadas por la jurisprudencia especializada en torno a la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por deficiencia o indebida asesoría, que resultan también aplicables a los casos de vinculación por primera vez, que esta Sala considera como acertada, la decisión de declarar la ineficacia del acto de selección del RAIS, que en su momento efectuó el demandante, imponiéndole a la AFP Porvenir S.A., afrontar la devolución de los dineros que recibió por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, en caso de haberse recibido, rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

concepto de gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, no solo porque fue la entidad que recibió las cotizaciones, sino también porque es importante recordar que al tenor de lo contemplado en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, que fueron compilados en los artículos 2.2.7.4.1³. y 2.2.7.4.3⁴ del DUR 1833 de 2016, los promotores que lleguen a ser utilizados por las AFPs, estaban en el deber de suministrar a los posibles afiliados en el momento de promocionar la afiliación, información suficiente, amplia y oportuna, so pena de hacer responsable a la respectiva administradora, de cualquier infracción, error u omisión, que llegare a causar algún tipo de perjuicio a los intereses de los afiliados.

Así mismo, como un argumento adicional para confirmar la decisión de primer grado, ha de decirse, en aplicación de la línea jurisprudencial que actualmente impera, que los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables –*bien sean los de las leyes laborales y/o civiles*, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter declarativa, cuyo propósito es la recuperación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez bajo las garantías que de él emanan, se torna en un derecho de carácter imprescriptible.

Así las cosas, son las anteriores razones las que conducen a confirmar en cuanto a la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional, la providencia que es materia de revisión.

³ **ARTÍCULO 2.2.7.4.1. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES.** Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelanta sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.

Los costos que generen los convenios que celebren las sociedades administradoras del sistema general de pensiones con los promotores no podrán trasladarse, directa o indirectamente, a los afiliados.

⁴ **ARTÍCULO 2.2.7.4.3. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES.** Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

● **Del segundo problema jurídico planteado:**

Respecto de este ítem, relacionado con determinar si fue acertado ordenar a Porvenir SA que, además de trasladar el capital existente en la cuenta de ahorro individual del demandante, también traslade a Colpensiones las sumas descontadas a título de **“gastos de administración”**, la respuesta es afirmativa.

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada⁵, la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, que no es otra cosa, que desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

Igualmente, se ha dicho que la declaratoria de ineficacia trae aparejada, en lo posible, la obligación de efectuar entre los contratantes, las respectivas restituciones mutuas, tal y como lo prevé el artículo 1746 del Código Civil, para el caso de las declaratorias de nulidad, que en sus efectos es predicable por analogía a los casos de ineficacia. Por lo tanto, tales restituciones implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a este, los valores que el citado régimen debió recibir, de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal corresponde al mismo porcentaje en los dos regímenes pensionales, pues así se deriva del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 y artículo 1° del Decreto 4982 de 2007⁶.

Si bien no se desconoce que tanto en el RPM como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender

⁵ CSJ SL-1688 de 2019.

⁶ Desde el año 2008, el valor de la cotización en los dos regímenes pensionales corresponde al 16% del ingreso base de cotización.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se trata de rubros que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados⁷.

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

“Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964 – 2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL 1688-2019)”.

Así las cosas, siguiendo la línea jurisprudencial imperante, y la precisión efectuada al resolver el primer problema jurídico, la Sala estima que fue acertado ordenar a la AFP Porvenir S.A. demandada, la devolución del rubro denominado gastos y/o comisiones de administración, en tanto se reitera, los efectos de la declaratoria de ineficacia conducen a tener como inexistente el acto de vinculación inicial, de ahí que el estado de las cosas es que la cotización completa que recibió el RAIS sea trasladada al RPM.

Del tercer problema jurídico planteado:

Frente a este interrogante, relacionado con determinar si la sentencia de primera instancia debió incluir la devolución indexada de las sumas que

⁷ Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

en su momento se descontaron por concepto de gastos de administración, con cargo a los propios recursos de la AFP demandada, así como lo descontado por concepto de primas de los seguros previsionales, la respuesta habrá de ser afirmativa.

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 de traslados de régimen pensional y los efectos de su declaratoria, tal y como es el caso de la providencia SL1688-2019, la cual se ha venido reiterando, entre otras, en providencias SL4360-2019, SL3199-2021 y SL3719-2021, en los que la Corte ha precisado que la devolución de lo descontado por concepto de gastos de administración, debe ser retornado al RPM a través de Colpensiones, debidamente indexado.

En este punto, recuérdese que, si bien el juez en sus providencias se encuentra sometido al imperio de la Ley, pues así deviene del artículo 230 Superior, no es menos que en tal ejercicio, también está obligado a tener en cuenta lo señalado por la jurisprudencia, a fin de hacer efectivos los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, de ahí que sea entonces está la razón que motiva a la Sala para dar aplicación a la doctrina probable que actualmente impera respecto a la devolución indexada de los gastos de administración y que implica, en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, adicionar la sentencia objeto de revisión en tal sentido.

Ahora bien, por otra parte, es importante precisar, a partir de lo consignado en el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia que ahora se revisa, que si bien el *A quo* ordenó a la AFP Porvenir SA trasladar a Colpensiones el total del capital y los rendimientos financieros existentes en la cuenta de ahorro individual del actor, así como, los bonos pensionales que eventualmente se hubieren expedido y las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos de administración y garantía de la pensión mínima, obvió incluir lo descontado por concepto de seguros previsionales, que es un rubro que sí debe ser objeto de devolución, como quiera que durante el tiempo de vinculación del demandante al RAIS, se

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

satisfizo con un porcentaje de la cotización mensual obligatoria, de ahí que sobre tal aspecto se habrá de imponer la devolución por parte de la AFP Porvenir SA, así como de la indexación correspondiente a los gastos de administración, para de esa forma garantizar que las cotizaciones que el demandante realizó por más de 25 años en el RAIS, regresen de manera íntegra al RPM.

Se reitera que esta Sala, con mayoría de sus integrantes, considera que reservarle a Porvenir valores que hacen parte de la cotización, implica restarle efectos a la ineficacia del traslado o vinculación inicial, como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido y por eso es que la Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia, obliga a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada, que por la misma figura de la ineficacia debe operar para todos los valores que componen la cotización. Igualmente, no se considera procedente que, para resolver la relación jurídica entre el afiliado y las administradoras vía ineficacia del traslado o selección inicial, 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 diferente 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.

Finalmente, permitir que Porvenir no traslade el valor de las primas de los seguros previsionales, implica la violación directa del artículo 1746 del

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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. Así mismo, en el 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.

Ahora, frente al interrogante relativo a determinar, si fue desacertado no incluir dentro de los valores a retornar a Colpensiones, el rubro denominado “**sumas adicionales de la aseguradora**”, la respuesta habrá de ser negativa y por esa razón, sobre este ítem se habrá de confirmar la decisión de primer grado.

En tal sentido, es preciso recordar que en virtud de lo consagrado en el 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, ni tampoco constituye un capital que se encuentre a cargo de las administradoras del fondo de pensiones, pues si se revisan los artículos 70 y 77 de la citada ley, lo que se logra avizorar 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, cuando en la cuenta individual del afiliado no exista el capital suficiente para financiar el pago de la pensión de invalidez o sobrevivientes según sea el caso.

Luego entonces, como en el presente caso no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, sino simplemente de determinar los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, queda evidenciado que no era dable incluir dentro de los conceptos que debe devolver la AFP a Colpensiones, lo correspondiente al rubro de “*sumas adicionales de la aseguradora*”, pues como ya se vio, en este caso no tendrían aplicación, por lo que sobre este aspecto, fue acertada la

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

decisión de primer grado, cuando decidió no incluir dentro de los rubros que deben ser trasladados a Colpensiones, las referidas sumas adicionales.

De la misma manera, es importante precisar que si bien la Sala no desconoce que sobre la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del acto traslado, ha hecho referencia la Sala de Casación Laboral en varias de sus providencias⁸, citando como sentencia inicial la correspondiente al radicado 31989 de 2008, es importante precisar que es solo en la parte considerativa de esta providencia, más no resolutive que la Corte hace referencia a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, pero citando dicho rubro de manera enunciativa, al hacer referencia al deber de las administradoras de devolver al sistema, todos los valores que **hubiere recibido** con motivo de la afiliación. Por lo tanto, como en el presente asunto no está acreditado que la AFP demandada recibió respecto del demandante sumas de dinero por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, no era viable disponer tal traslado, sin que lo que ahora se explica, se encuentre en contravía con lo que esta misma Sala ha venido indicando en providencias recientes, en tanto allí se ha indicado que solo será viable la devolución de tal concepto, en caso de que se acredite que las sumas adicionales de la aseguradora se han causado, requisito que no se cumple en este caso.

En este punto, es necesario precisar que no es dable confundir el rubro denominado “*sumas adicionales de la aseguradora*”, con el valor de las primas correspondientes a los seguros contratados por las AFP con aseguradoras para garantizar el pago de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, pues como quedó visto al resolver el presente problema jurídico, las sumas adicionales solo se originan, cuando una vez causada la correspondiente pensión de invalidez o sobrevivientes, en la cuenta de ahorro individual del afiliado, no se cuenta con el capital necesario para solventar el pago de la respectiva prestación, siendo entonces de cargo de la correspondiente aseguradora, asumir el valor que hiciere falta.

⁸ CSJ SL 2817 de 2019, SL 1421 de 2019, SL 17595 de 2017, SL 4989 de 2018.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Así las cosas, sin necesidad de efectuar algún otro planteamiento y atendiendo lo señalado en las consideraciones de esta providencia, se habrá de adicionar la sentencia en la forma antes indicada y confirmarla en lo demás, con la consecuente imposición de condena en costas de segunda instancia a cargo de las demandadas AFP Porvenir SA y a favor del demandante, al no salir avante el recurso de apelación formulado por la mencionada entidad demandada, tal y como deviene de lo consagrado en el artículo 365 del C.G.P.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal tercero de la parte resolutive de la Sentencia N° 021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, el 22 de mayo de 2022, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **SIGIFREDO CORTÉS ROJAS** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, en el sentido de indicar que la AFP Porvenir SA, debe trasladar a Colpensiones, además de lo indicado en el referido ordinal (capital, rendimiento financieros, bono pensional, en caso de haberlo recibido, lo descontado por gastos de administración y con destino al fondo de garantía mínima), lo que también descontó de las cotizaciones obligatorias para el pago de las primas de los seguros previsionales y la indexación correspondiente a las sumas descontadas por gastos de administración. En lo demás, se confirma la sentencia recurrida y revisada en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia a cargo de la AFP Porvenir SA y a favor del demandante, al no salir avante el recurso de apelación. De conformidad con lo consagrado en los artículos 365 y 366 del CGP, una vez ejecutoriada la presente providencia se procederá a fijar por

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00038-01
Demandante: Sigifredo Cortés Rojas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

*Firma válida
providencia judicial*



**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO PONENTE**

*Firma válida
providencia judicial*



**LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL**

Con salvamento parcial de voto

*Firma válida
providencia judicial*



**CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL**