

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante: María del Carmen Ibarra Torres
Demandado: AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA

Popayán, treinta (30) de enero de dos mil veintitrés (2023)

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 los apoderados judiciales de las entidades demandadas Protección S.A. y Colpensiones, frente a la Sentencia de 15 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **MARÍA DEL CARMEN IBARRA TORRES**, contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** y la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-**; 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. **19-001-31-05-002-2020-00024-01**.

Prevía 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 obrante a folios 59 a 84 del Archivo “02.DemandaAnexos.pdf” del cuaderno de primera instancia – expediente digital, a partir de la cual la parte demandante pretende lo siguiente: **i)** se

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

declare la nulidad e ineficacia del acto de traslado y vinculación al RAIS y a la AFP Protección S.A., la cual tuvo ocurrencia el 22 de febrero de 1999; **ii)** se declare a la demandante como afiliada del RPM administrado por Colpensiones o en su defecto a la Ugpp, con ocasión de las semanas cotizadas a Cajanal, sin considerar que hubo solución de continuidad o interrupción alguna; **iii)** declarar y condenar a Protección S.A. a asumir con su propio patrimonio, las mermas que puedan sufrir las semanas cotizadas o los tiempos de servicios, frente al tiempo real cotizado o laborado y que dicho valor sea consignado a Colpensiones o en su defecto a la Ugpp; **iv)** declarar que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por el cumplimiento de la edad y semanas y/o tiempo de servicios, junto con el retroactivo, mesadas adicionales, reajustes e incrementos bajo las preceptivas del RPM; **v)** condenar a Protección S.A. a trasladar al RPM administrado por Colpensiones o en su defecto a la Ugpp, todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la demandante a título de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, frutos e intereses. De igual forma, condenar a Colpensiones a recibir tales conceptos; **vi)** condenar a Colpensiones o en su defecto a la Ugpp a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez, los intereses moratorios causados sobre el retroactivo pensional, liquidados a partir de la fecha en que se hiciere exigible la obligación hasta el pago efectivo de la misma; y, **vii)** Condenar a las demandadas al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

1.2. Contestación a la demanda.

1.2.1. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- dio respuesta a la demanda mediante el memorial cuya copia obra en el archivo *“16Contestación Colpensiones.pdf”*, cuaderno primera instancia - expediente digital, señalando no constarle la mayor parte de los hechos; oponiéndose a las pretensiones y formulando las excepciones de fondo de: *“inexistencia de la obligación”, “indebida interpretación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional”, “inexistencia de vicio en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la*

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

misma”, “imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos”, “buena fe”, “prescripción”, “responsabilidad Sui Generis de las entidades de la seguridad social”, “la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones”, “prescripción”, “inexistencia de la obligación de reconocer el interés moratorio que consagra el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 reclamado”, “responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social”, “juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado” e “innominada o genérica”.

1.2.2. La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., al ejercer su derecho de contradicción con la contestación de la demanda, obrante en el archivo *“19ContestaciónDemandaProtección.pdf”*, cuaderno principal - expediente digital, señaló ser ciertos la mayor parte de los hechos, se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y propuso las excepciones de fondo de: *“inexistencia de vicio del consentimiento que pudo inducir a error en la afiliación de la demandante a la AFP Protección S.A. que traiga como consecuencia la anulación de la afiliación”, “causa de falta en las pretensiones de la demanda”, “carencia de acción y ausencia de derecho”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa”, “inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe”, “buena fe”, “prescripción” y “genérica o innominada”.*

1.2.3. La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- dio respuesta a la demanda, mediante el memorial cuya copia obra en el archivo *“23ContestaciónDemandaUGPP.pdf”*, cuaderno primera instancia - expediente digital, señalando no constarle la mayor parte de los hechos; oponiéndose a las pretensiones y formulando la excepción previa de: *“falta de legitimación por pasiva”* y las excepciones de fondo de: *“prescripción”, “buena fe de la entidad demandada” e “innominada”.*

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez surtidas las audiencias de trámite correspondientes a la primera instancia, el Juez de conocimiento en audiencia pública llevada a cabo el 15 de junio de 2022, procedió a dictar sentencia en la cual, en aplicación a lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, decidió: (i) declarar la ineficacia del traslado que al RAIS, a partir del 1° de abril de 1999 se atribuye a la demandante, a través de la AFP Protección S.A., ante la ausencia de un consentimiento libre, voluntario e informado en la escogencia del RAIS; **(ii)** declarar que la demandante conservó el derecho a retornar al RPM hoy administrado por Colpensiones y en consecuencia se condenó a Protección S.A., como última administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como: cotizaciones, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si es el caso, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado. Valores que señaló el *A quo* deben ser recibidos por Colpensiones. **(iii)** negó la excepción de prescripción, y; **(iv)** condenó a Protección S.A., a pagar las costas del proceso, estimando las agencias en derecho en suma equivalente a 2 smlmv al momento del pago.

Como fundamento de la decisión el *A quo* expuso que, en este evento, ante la ausencia de pruebas en el cumplimiento del suministro de información clara y suficiente en la afiliación que al RAIS efectuara la demandante, resultaba procedente declarar la ineficacia de tal acto, en atención de lo consagrado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y en lo precisado por la CSL a través de providencias SL 1452-2019, SL 56174, SL 1421-2019 y SL4875-2020. De la misma manera indicó que en el presente asunto no tuvo operancia el fenómeno jurídico de la prescripción.

Así mismo, señaló que en este caso se configura la falta de legitimidad material por pasiva por parte de la Ugpp.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, tanto el apoderado de Protección S.A., como el apoderado de Colpensiones formularon recursos de apelación.

3.1. Del recurso de apelación formulado por Protección S.A.

Al fundamentar la alzada, el apoderado de la AFP Protección S.A. manifestó estar inconforme con la decisión de primer grado frente a los puntos relacionados con la devolución de gastos de administración y el pago del seguro previsional. Al respecto indicó que el descuento que del 3% de la cotización ha venido efectuando esa AFP para cubrir los gastos de administración y seguros previsionales, esa AFP, obedece al mandato contenido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; descuento que además es aplicable tanto al RPM como al RAIS.

Señaló que durante el tiempo de vinculación de la demandante a Protección S.A., esta AFP se ha dedicado a la administración de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual con la mayor diligencia y cuidado, quedando evidenciado en los buenos rendimientos financieros que se han obtenido, de ahí que considere que no es procedente la devolución de lo descontado por concepto de cuotas de administración, en tanto se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa favor de la demandante y en detrimento de la entidad.

En relación con el seguro previsional, señaló que lo descontado por tal concepto se pagó mes a mes a una aseguradora, a fin de garantizar la suma adicional que sea necesaria para financiar las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, por lo que no sería entonces procedente ordenar la devolución de los dineros que fueron destinados a cubrir tal rubro, como quiera que el porcentaje respectivo fue girado directamente a la aseguradora, que sería un tercero de buena fe.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

En consecuencia, solicitó la revocatoria de la sentencia, frente a la condena relacionada con la devolución de gastos u cuotas por administración y seguros previsionales.

3.2. Recurso de apelación de Colpensiones.

El apoderado de Colpensiones solicitó la revocatoria de la decisión de primer grado, manifestando que en el fallo de primer grado se concluyó que Protección S.A. no demostró haber dado información suficiente a la demandante para el traslado de régimen pensional. Empero le impuso la carga de demostrar el cumplimiento de exigencias que no estaban vigentes al momento del traslado, pues en ese tiempo las asesorías eran verbales, dejando de lado que, la selección de cualquiera de los regímenes pensionales fue libre y voluntaria al suscribir el formulario de vinculación. Lo anterior, se demuestra con el deseo de la demandante de permanecer en el RAIS, sin que se configuren los elementos necesarios para que ésta pueda retornar al RPM por falta de información.

Por último, manifestó que a pesar de la orden de devolver los conceptos determinados por el *A quo*, se generaría una afectación al Sistema Pensional. Nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados. En suma, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En firme el auto que admitió la apelación, 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

resolver la alzada. Dentro de las oportunidades concedidas, solo la parte demandante, la AFP Protección S.A. y la Ugpp presentaron oportunamente alegatos de conclusión, no sucediendo lo mismo con los presentados por Colpensiones que resultaron extemporáneos.

4.1. La **parte demandante** a través de su apoderada judicial solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, indicando entre otras cosas, que la parte demandada no logró acreditar que más allá de la suscripción del formulario de afiliación, realizó actividades idóneas, concretas y específicas para informar debidamente de las consecuencias del traslado de régimen pensional, generándose la ineficacia del referido acto.

4.2. La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos al fundamentar la alzada, esto es, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia en cuanto a la condena relacionada con la devolución de los gastos de administración y primas de los seguros previsionales. Frente al primer rubro, en razón de la buena gestión que realizó la AFP respecto de los dineros depositados en la CAI de la demandante, lo cual se vio reflejado en los rendimientos financieros percibidos y frente a las primas de seguros previsionales, como quiera que los valores fueron pagados a una aseguradora respecto de la que no habría forma de solicitar el reembolso de lo pagado.

4.3. La **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-**, en sus alegatos, reiteró la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad en relación con las pretensiones de la demanda, habida cuenta que no es la encargada de la administración de los aportes pensionales de la ahora demandante y señaló que, de confirmarse la decisión, se mantenga la orden de que sea Colpensiones y no esa entidad la llamada a recibirla

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 –Protección S.A. 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, el reintegrar a la demandante como afiliada 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.

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

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

5.2.2. De ser afirmativa la respuesta, **¿fue acertado ordenar a Protección S.A., en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de régimen pensional, que además de las cotizaciones también trasladara a Colpensiones lo que en su momento descontó por concepto de gastos y/o comisiones por administración?**

5.2.3. **¿Fue acertado disponer la devolución de valores por concepto de sumas adicionales de la aseguradora?**

5.2.4. En virtud de la revisión efectuada al proceso en virtud del grado jurisdiccional de consulta, **¿Fue acertado no incluir dentro de los valores que se impuso devolver a la AFP Protección S.A., la indexación de los gastos y/o comisiones por administración y los valores destinados al pago de las primas de los seguros previsionales y el Fondo de Garantía de la Pensión Minina?**

5.3. TESIS DE LA SALA: La tesis de la Sala frente a los cuestionamientos planteados se orienta a confirmar parcialmente la decisión de primer grado. Se confirma en cuanto a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, en tanto no se acreditó que, de manera previa al traslado, la AFP demandada le haya suministrado a la demandante información completa y suficiente sobre los beneficios y las consecuencias que el referido cambio le podría generar frente al derecho pensional; tratándose de una declaratoria de ineficacia respecto de la que no resultaba aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción, siendo igualmente acertada la orden impartida a Protección S.A. en cuanto a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz a título de cotizaciones, bonos pensionales (de ser el caso), gastos de administración y rendimientos financieros, como quiera que dichos rubros hacen parte de las restituciones mutuas que por ley deben realizarse, no

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

sucediendo lo mismo con las “*sumas adicionales de la aseguradora*”, rubro que debe ser objeto de revocatoria. Por otra parte, a efectos de dar claridad, se debe indicar que, en la devolución impuesta por el juzgador de primer grado a Protección S.A., se deben entender incluidos los valores descontados con destino al pago de las primas de los seguros previsionales, el Fondo de Garantía de la pensión mínima y la indexación de los gastos de administración. Aspectos por los cuales se adicionará en lo pertinente la parte resolutive de la providencia de primer grado.

5.3.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

● Del primer problema jurídico:

De la forma como fue concebido el Sistema de Seguridad Social Integral que se halla previsto en 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, 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.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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, por lo que no queda duda de que su inobservancia trae como 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

régimen se haya efectuado de manera libre y voluntaria, previo suministro de la información completa y necesaria sobre los beneficios y desventajas del acto de vinculación inicial o traslado (dadas las condiciones particulares del interesado), 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, 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 normativos, 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, 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 éste 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, que se

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:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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.

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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.

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

De la misma manera, es importante señalar que sobre la inaplicabilidad de la prescripción frente a 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

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:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 02 y 19 del expediente digital), entre los cuales se encuentran: historia laboral consolidada expedida por Protección S.A.; Formatos 1, 2 y 3 sobre información laboral, salario base y salarios mes a mes; formulario de vinculación a la AFP Protección S.A. y certificación de vinculaciones expedida por Asofondos, se tiene que la demandante que la demandante estuvo afiliada a la extinta Cajanal, en el periodo comprendido entre el 19 de septiembre de 1988 al 30 de marzo de 1999, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Protección S.A., mediante el diligenciamiento de formulario calendado 22 de abril de 1999, que se hizo efectivo, a partir del **1° de abril de 1999**.

Ahora bien, en la demanda se afirma que la demandante fue trasladada de régimen pensional sin que se le hubiese brindado información y explicación suficiente y transparente sobre los efectos de esa decisión; afirmación que la Sala encuentra no fue desvirtuada por la AFP Protección S.A., entidad con la cual se materializó el traslado de régimen pensional.

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

debidamente informada, en la forma y términos que precisa el criterio jurisprudencial que actualmente impera.

Por parte de la AFP se obvió aportar los medios de prueba que permitieran establecer en qué términos o forma fue que se le brindó la información y asesoría debida a la 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 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 acepte cambiar las condiciones que ya traía, por unas que 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 ese 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

para la fecha en que se llevaron a cabo 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, 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 de la demandante en el régimen privado durante varios años, pueda convalidar las deficiencias de la afiliación, pues como ya se ha indicado, la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, siendo el desacato a tal deber, el que por sí mismo genera la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. (SL5686-2021).

En la referida providencia (SL5686-2021), por parte de la Corte se aclaró que si bien en providencia SL413-2018, esa Corporación consideró que ciertos actos, como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, en efecto, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior, y desde luego permanecer en el fondo de su elección, se trata de un aspecto que debe ser analizado en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico, aspecto que esta Sala de Tribunal no encuentra en el presente caso, como quiera que la demanda se basó en la falta de información al momento del traslado y frente a tal negación indefinida, no se allegó ningún medio de prueba que permitiera desvirtuar su contenido, lo cual tampoco se logra con la realización de actos posteriores al que se ataca por ineficacia.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

Esta Sala, tampoco considera como aplicable a los procesos de ineficacia, la teoría del respeto al acto propio, para, por esa vía, convalidar el traslado de régimen pensional que no cumple con las exigencias previstas en la ley, pues en estos casos, la buena fe, que es el principio en el que se sustenta la referida teoría, brilla por su ausencia; por el contrario, es precisamente su contraria, la mala fe, la que puede entenderse como presente, dado que en estos casos, es la ausencia de información vital e importante de forma precedente a la selección de régimen pensional y/o administradora, la que sanciona el legislador con la pérdida de eficacia del respectivo acto. Entender lo contrario, implicaría aceptar que el incumplimiento de las obligaciones, es constitutivo de derechos, nada más contrario al principio constitucional de buena fe, cuyo objetivo principal es que tanto autoridades como particulares en todos sus actos, actúen con la mayor transparencia y rectitud.

Es por lo tanto, la inexactitud de la información y/o la omisión sobre la forma como el nuevo régimen se puede materializar en el caso específico del pretendido afiliado, el hecho que genera la ineficacia del acto de traslado, pues el Fondo de Pensiones no ejerció ninguna labor probatoria que permitiera determinar que en el acto de ofrecimiento del servicio, le proporcionó 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 a la demandante para efectos de su vinculación, 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 fondos de pensiones, que para desvirtuarla debía acreditar la ocurrencia del hecho contrario, esto es, que por parte de esa entidad si se brindó la asesoría debida y

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 el cumplimiento de las normas relativas al suministro de información suficiente, amplia y oportuna, que estaban vigentes para el año 1999, fecha en que se dio el traslado, 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 esta Sala considera como acertada, la decisión de declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional que en su momento efectuó la parte actora, imponiéndole a la AFP Protección S.A., al ser la entidad a la cual se encuentra actualmente vinculada la demandante, afrontar la devolución de todos los dineros que recibió por concepto de cotizaciones, bonos pensionales en caso de haberse recibido, gastos de administración y rendimientos financieros, 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.

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:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

Y es que, como un argumento adicional para confirmar la decisión de primer grado ha de decirse, en aplicación a 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 los citados aspectos la providencia objeto del grado jurisdiccional de consulta y de los recursos de apelación formulados por los apoderados de Protección S.A. y Colpensiones.

● **Del segundo problema jurídico planteado:**

Respecto de este ítem, relacionado con determinar si fue acertado ordenar a la AFP demandada que además de los valores que percibió por concepto de *“cotizaciones”*, devolviera también las sumas que en su momento descontó 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.

⁵ CSJ SL-1688 de 2019.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 éste, 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 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:

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

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:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

“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, la Sala estima que fue acertado ordenar a la AFP 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 traslado, de ahí que el estado de las cosas es que la cotización completa que recibió el RAIS sea retornada al RPM.

● Del tercer problema jurídico planteado:

Frente a este interrogante, relativo a determinar si era viable disponer que la AFP traslade a Colpensiones valores por concepto de **“sumas adicionales de la aseguradora”**, la respuesta habrá de ser negativa y por esa razón, sobre este ítem se habrá de revocar 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 desacertada la decisión de primer grado, cuando decidió 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, por lo que este rubro será objeto de revocatoria.

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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.

Del cuarto 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 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 y destinado al Fondo de Garantía de la pensión mínima, la respuesta habrá de ser afirmativa y por ello se adicionará en lo respectivo la sentencia.

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 que opera en 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 segundo de la parte resolutive de la sentencia que ahora se revisa, que si bien el *A quo* ordenó a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones *“todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones”*, con lo cual, tendría que entenderse incluidos los valores que de esa cotización por parte de la AFP se descontaron para el pago de las primas de servicios previsionales y con destino al Fondo de Garantía de la pensión mínima, al hacerse la discriminación por parte del juzgador de los rubros, se omitió hacer la inclusión de estos, lo cual podría generar confusión, siendo necesario adicionar en lo pertinente la condena, para de esa forma garantizar que las cotizaciones que la demandante realizó por más de 20 años en el RAIS, regresen de manera íntegra al RPM.

Frente a los recursos destinados al Fondo de Garantía de la pensión mínima, memórese que dicha garantía se financia con el 1.5% de la cotización obligatoria que mes a mes debe realizar el afiliado al RAIS y que en virtud de la declaratoria de ineficacia y la figura de las restituciones mutuas, debe retornar íntegra al RPM.

Efectivamente, a partir de lo consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, en concordancia con lo previsto en el artículo 1° de Decreto 4982 de 2007, se tiene que, tratándose de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el porcentaje general del

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

16% del IBC o en otras palabras, la cotización, se distribuye de la siguiente manera: el 11.5% para la cuenta individual de ahorro pensional; el 3% para financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y el 1.5% para asegurar la garantía de pensión mínima.

Entonces, como la ineficacia comporta el desconocimiento de los efectos jurídicos del acto de afiliación y/o traslado desde el mismo momento en que aquél pretendió materializarse, siendo consecuencia obligada la devolución de la cotización completa, aunque en su momento la misma haya sido distribuida en la forma indicada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, resulta procedente ordenar la devolución por parte de la AFP Protección S.A., reintegrar las sumas que haya descontado con destino a la garantía de pensión mínima, de la cotizaciones obligatorias que mes a mes recibió a nombre de la demandante, en tanto se trata de un rubro que en la actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada.

Así mismo, se estima procedente la devolución de lo que la AFP demandada descontó de la cotización obligatoria de la demandante con destino a cubrir el valor de las primas de los seguros previsionales, en tanto reservarle a Porvenir valores que hacen parte de la cotización, implica restarle efectos a la ineficacia del traslado como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido y por eso es que la Corte Suprema de Justicia, a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección 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 modificar y adicionar el ordinal 2° de su parte resolutive, revocando lo relacionado con la devolución del rubro denominado *“sumas adicionales de la aseguradora”* y adicionando la providencia, en el sentido de indicar que Porvenir S.A. debe trasladar a Colpensiones, además de lo recibido por concepto de cotizaciones, gastos de administración, bonos pensionales si es del caso, rendimientos financieros, la indexación de los gastos de administración, y los porcentajes correspondiente a las primas de los seguros previsionales y destinados al Fondo de Garantía de la Pensión mínima, confirmando en lo demás la providencia y como quiera que no salió avante ninguno de los recursos de apelación formulados por Protección S.A. y Colpensiones, se les habrá de imponer el pago de las costas procesales de segunda instancia.

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: MODIFICAR Y ADICIONAR el ordinal 2° de la parte resolutive de la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, el 15 de mayo de 2022, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **MARÍA DEL CARMEN IBARRA TORRES** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADOR DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**, en el sentido de indicar que la condena allí impuesta a Protección S.A., incluye todo lo recibido por concepto de cotizaciones, gastos de administración, bonos pensionales si es del caso, rendimientos financieros, la indexación de los gastos de administración y los

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

porcentajes correspondiente a las primas de los seguros previsionales y los destinados al Fondo de Garantía de la Pensión mínima, mas no valores por concepto de “*sumas adicionales de la aseguradora*”. En lo demás, se confirma la sentencia recurrida y revisada en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia a favor de la parte demandante y a cargo de las demandadas AFP Protección S.A., y Colpensiones, a quienes se les resuelven de manera totalmente desfavorable los recursos 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 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00024-01
Demandante:	María del Carmen Ibarra Torres
Demandado:	AFP Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.


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