

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA.

Popayán, treinta (30) de octubre 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 las apoderadas judiciales de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, frente a la Sentencia N° 034 de 26 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **DEL CY ESBITA ORTEGA NARVÁEZ** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS 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. **19-001-31-05-003-2020-00039-01.**

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, cuya copia obra en el archivo “03.Demanda.pdf” del cuaderno principal del expediente digital, a partir de la

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

cual se pretende lo siguiente: **i)** se declare la nulidad de los traslados al RAIS efectuados por la demandante, a través de las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A., **ii)** se condene a la AFP Porvenir S.A. y a Colfondos S.A., a asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez de la demandante; **iii)** se condene a la AFP Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado; y, **vii)** se condene a las demandadas al pago de las costas procesales.

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 denominado *“08.ContestaciónDemandaColpensiones.pdf”* del cuaderno principal del 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 - 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”, “carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica”, “errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C.”, “retorno en cualquier tiempo al RPM, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera”, “indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales – vulneración del principio de confianza legítima”, “inoponibilidad por ser tercero de buena fe”, “inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen”, “cobro de lo no debido” y “prescripción”.*

1.2.2. La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. procedió a ejercer su derecho de defensa y contradicción, a través del memorial obrante en el archivo *“13.ContestacionDemandaPorvenir.pdf”* del cuaderno principal del expediente digital, aceptando algunos de los hechos y manifestando no constarle otros;

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

se opuso a las pretensiones y en su defensa 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 inexistencias 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 entrega de información por parte del fondo”.*

1.2.3. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a través de apoderado judicial contestó la demanda, a través del escrito que obra en el archivo *“22.ContestaciónDemandaColfondos.pdf”* del cuaderno de primera instancia – expediente digital, señalando no constarle la mayor parte de los hechos, oponiéndose a las pretensiones y formulando las excepciones de: *“Validez de afiliación a Colfondos S.A.”, “buena fe”, “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 trasladar los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones al haber sido trasladados a Porvenir S.A.”, “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 se afecta derechos de terceros de buena fe”, “inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho”, “prescripción”, “inexistencia de engaño y de expectativa legítima”, “nadie puede ir en contra de sus propios actos”, “compensación” y la “innominada o genérica”.*

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez agotadas las audiencias correspondientes a la primera instancia, el a quo, en audiencia de juzgamiento celebrada el 26 de junio de 2023, dictó sentencia en la que resolvió: **(i)** declarar la ineficacia de la afiliación o traslado en pensiones de la demandante a la AFP Porvenir S.A., efectuada el 14 de septiembre de 1995, con efectividad desde el 1° de octubre de 1995, así como los siguientes traslados: de Porvenir a

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

Colfondos; de Colfondos a Horizonte y de Horizonte a Porvenir S.A. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al RAIS, permaneciendo siempre en el RPM; **(ii)** condenar a la AFP Porvenir S.A., a efectuar el pago o traslado a Colpensiones, del total del capital y los rendimientos financieros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a Colpensiones, junto con los bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido, las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual de la demandante por concepto de gastos de administración debidamente indexados, así como para el fondo de garantía de la pensión mínima y pago de primas de los seguros previsionales, todos estos valores debidamente indexados. Conceptos que deben aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; **(iii)** ordenar a Colpensiones recibir los valores trasladados por Porvenir S.A. **(iv)** declarar no probadas las excepciones de fondo formuladas por Porvenir S.A. Colfondos S.A. y Colpensiones; **(v)** condenar a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a pagar las costas que se liquiden a favor de la demandante, fijando el valor de las agencias en derecho en suma equivalente a medio (1/2) smlmv para cada una de las AFP demandadas.

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, 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.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la AFP Porvenir S.A. formuló recurso de apelación, así:

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

Como fundamento de la alzada, la apoderada de la AFP Porvenir S.A. señaló que la decisión adoptada desconoce las reglas existentes en materia de restituciones mutuas, en tanto dicho régimen tiene como objetivo principal que los traslados patrimoniales que queden sin justificación por efectos de la declaratoria de ineficacia del acto jurídico, sean devueltos a las partes colocándolos en las mismas circunstancias que se encontrarían si aquel no hubiere tenido ocurrencia (artículo 1476 del Código Civil).

Refiere que la restitución ofrece dificultad tratándose de prestaciones que es inviable retrotraer, como en el caso de gestiones de administración de los recursos del afiliado, en tanto las mismas generaron beneficios que se ven reflejados en la rentabilidad obtenida, como puede verse en el caso de la demandante. Señala que fue el legislador el que le impuso a las AFP el cumplimiento de las obligaciones consignadas en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994, a fin de que salvaguardaran el patrimonio del afiliado para que sirviera al cumplimiento de la finalidad al que se encuentra afecto, no siendo entonces dable considerar la comisiones como un detrimento al patrimonio del afiliado. Por el contrario, afirma que desconocer las labores de administración estaría ocasionando un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante y a cargo de la AFP Porvenir S.A., siendo entonces lo acertado, que se dispusiera la devolución de los aportes con los rendimientos que se hubieren generado en el RPM y no en el RAIS.

Manifiesta que también resulta cuestionable la orden de restituir valores correspondientes a primas de seguros previsionales, en tanto el contrato de seguro es de tracto sucesivo, en el que agotado el término de su cobertura el asegurado devenga la totalidad de la prima acordada; seguro que es tomado para dar aplicación al mandato previsto en el artículo 1070

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

del Código de Comercio y lo señalado en el artículo 108 de la Ley 100 de 1993, siendo también improcedente la indexación, en tanto la misma generaría una doble condena para la administradora por el mismo concepto.

3.2. Del recurso de apelación formulado por la apoderada de Colpensiones.

La apoderada de Colpensiones también formuló recurso de apelación, solicitando se adicione la decisión de primera instancia, en lo atinente a las sumas adicionales de la aseguradora, teniendo en cuenta que, conforme a la jurisprudencia vigente, en caso de declararse la ineficacia, dicho rubro debe ser objeto de traslado.

También solicitó la adición en cuanto es necesario que se disponga que Colfondos debe devolver a Colpensiones debidamente indexados, los valores que no fueron trasladados a Porvenir cuando se llevó a cabo el traslado horizontal, es decir, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, rendimientos, gastos de administración y sumas de los seguros previsionales en el periodo comprendido entre los años 2005 a 2007 y de esa manera no afectar el equilibrio financiero del sistema.

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, convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022.

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. De la revisión efectuada al proceso, se advierte que solamente Colpensiones presentó en tiempo alegatos de conclusión, así:

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

4.1. La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones en sus alegatos, manifestó remitirse a los argumentos expuestos al contestar la demanda y fundamentar el recurso de apelación. Así mismo, señaló que, a pesar de que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, por tener cumplidos más de 35 años edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no le es aplicable el Decreto 758 de 1990, en tanto la aplicación del mismo está condicionado a que la afiliado hubiese efectuado cotizaciones con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993, sin embargo, en el presente caso se encuentra acreditado con la historia laboral, que la demandante ingresó por primera vez al sistema de pensiones administrado por el ISS, hoy Colpensiones, con posterioridad al 1° de abril de 1994.

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 las demandadas -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 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.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
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 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 vinculación y/o traslado de la 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 y para el pago de las primas de los seguros previsionales?. Así mismo, ¿resultaba procedente la devolución indexada de los referidos conceptos?**

5.2.3. ¿También se debió imponer a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones debidamente indexados, los valores que descontó por concepto de comisiones de administración, primas de los seguros previsionales y Fondo de Garantía de la Pensión Mínima durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa AFP?

5.2.4. ¿Fue acertado no disponer la devolución de valores por concepto de sumas adicionales de la aseguradora?

5.3. TESIS DE LA SALA: La tesis de la Sala frente a los cuestionamientos planteados se orienta a confirmar la decisión de primer grado, como quiera que por parte de la AFP demandada no se acreditó que de manera previa al acto de vinculación inicial y/o traslado de la demandante, le suministró información completa y suficiente sobre los beneficios y las consecuencias que la referida selección podía generar frente su derecho pensional; tratándose de una declaratoria de ineficacia respecto de la que no resultaba aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción y por cuenta de la cual es necesario que la AFP Porvenir S.A.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

traslade a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz a título de cotizaciones, bonos pensionales (de ser el caso) y rendimientos financieros; devolución que debe incluir lo descontado por concepto de cuotas o gastos de administración, valor de las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y lo destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, debidamente indexadas. Traslado que por los mismos conceptos también debía ser impuesta a Colfondos S.A. con relación al tiempo en que la demandante fue su afiliada y frente a lo que se deberá adicionar la sentencia de primer grado.

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.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
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, sea inicial o por traslado, 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 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 desarrollando 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 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 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

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:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 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.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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

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 sólo 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).

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:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

Ahora bien, descendiendo al caso sometido a estudio, de los medios de prueba aportados y practicados dentro de la actuación judicial (archivo 02 y carpeta 14 del cuaderno principal del expediente digital), entre los cuales se encuentran: certificación de vinculación a la AFP Porvenir S.A.; solicitud de vinculación o traslado a la AFP Porvenir S.A.; formulario de vinculación a Horizonte Pensiones y Cesantías; solicitud de vinculación Invertir; historia laboral Oficina Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir S.A. y certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP, se tiene que la demandante durante el periodo comprendido entre el 1° de julio de 1992 al 30 de diciembre de 1994, efectuó cotizaciones con fines pensionales al entonces ISS, hoy Colpensiones. De igual manera, se advierte que, mediante la suscripción de formulario de vinculación adiado 14 de septiembre de 1995, se vinculó a la AFP Invertir, la cual se hizo efectiva a partir del 1° de octubre de 1995 y dio lugar al traslado al RAIS; régimen en el que efectuó los siguientes traslados entre AFP: A Colfondos S.A., el 26 de enero de 2005, con efectividad a partir del 31 de marzo de 2005, a Horizonte S.A. el 6 de julio de 2007, con efectividad a partir del mes de septiembre del mismo mes y a Porvenir S.A., desde el 1° de enero de 2014; AFP en la que ha mantenido su vinculación y efectuando aportes.

Ahora bien, en la demanda se afirma que la demandante fue trasladada de régimen pensional sin que le fuese suministrada en debida forma, información completa, clara, oportuna y comprensible sobre el traslado y sus consecuencias; afirmación que la Sala encuentra no fue desvirtuada por la Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la AFP Porvenir S.A., quien se resalta, reemplazó a las AFP Invertir y Horizonte S.A.

En el sentir de la Sala, el cumplimiento del deber de asesoría no se suple con el simple aporte del formulario de traslado de régimen pensional o vinculación inicial, pues si bien es cierto, no se puede desconocer que con la firma en él impresa se refleja la voluntad del afiliado de realizar los mencionados actos, tal firma no resulta suficiente para constatar que se trató de una manifestación debidamente informada, en la forma y términos que precisa el criterio jurisprudencial que actualmente impera.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

Es decir, por parte de las AFP se obvió aportar los medios de prueba que permitieran establecer que la información que le brindaron a la demandante fue completa y clara, lo cual era de suma importancia, pues dadas las condiciones de orden legal que rigen el actuar de las 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 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 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 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 de la demandante, el hecho que generó la declaratoria de ineficacia de la selección del RAIS como régimen pensional, pues las AFP no ejercieron ninguna labor probatoria que permitiera determinar que en el acto de ofrecimiento del servicio, se le proporcionó a la afiliada 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, tenía los conocimientos necesarios para efectuar tal labor.

Carga de la prueba que en el presente asunto estaba a cargo de las AFP demandadas, 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 como no lo hicieron, produjo 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, así como por el incumplimiento de las normas relativas al suministro de información suficiente, amplia y oportuna, que estaban vigentes para el año 1995, fecha

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

en que se dio el traslado y/o vinculación 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 traslado al RAIS, que en su momento efectuó la demandante, imponiéndole a la AFP Porvenir S.A., como actual AFP en la que se encuentra afiliada, 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 concepto de gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, 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 AFP, 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

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:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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.

● **Del segundo y tercer problema jurídico planteado:**

Respecto de este ítem, relacionado con determinar si fue acertado ordenar a Porvenir S.A. que, además de trasladar el capital existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, también traslade a Colpensiones las sumas descontadas a título de **“gastos de administración”** y para el pago de **“las primas de los seguros previsionales”**, así como la **“indexación”** de dichos conceptos, la respuesta es afirmativa.

Gastos y/o comisiones por Administración:

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 éste, los valores que el citado régimen debió

⁵ CSJ SL-1688 de 2019.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 las 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)”.

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:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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., 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 y/o vinculación inicial, de ahí que el estado de las cosas es que la cotización completa que recibió el RAIS sea trasladada al RPM.

Así mismo, encuentra la Sala que no es viable disponer que la devolución de los rendimientos generados por las cotizaciones existentes en la cuenta de ahorro individual deban serlo en la proporción de los rendimientos que las cotizaciones habrían generado en el régimen de prima media, como pretende hacerlo ver la apoderada de la AFP Porvenir, en tanto los rendimientos obtenidos, sin importar su cuantía, son el producto de la inversión del capital ahorrado en la CAI, cuyo único titular es el afiliado, de ahí entonces que el dueño de lo principal lo sea también de lo accesorio, pues en caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado a favor de una administradora de pensiones, respecto de quien se declara la ineficacia de traslado, precisamente por incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales.

En consecuencia, cuando se declara la ineficacia del acto de traslado o vinculación al RAIS, no queda duda que, junto con las cotizaciones del afiliado, es también deber de la respectiva administradora devolver los rendimientos del capital abonado en la cuenta individual, pues independiente de su mala o buena fe, se trata de un emolumento que le pertenece al titular de la cuenta, que no es otro que el afiliado.

De los valores destinados al pago de primas previsionales correspondientes seguros de invalidez y sobrevivientes.

Teniendo en cuenta que, en virtud 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 100 de 1993, las AFP están habilitadas para descontar mes a mes de la cotización obligatoria, un 3% para financiar con el mismo

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

los gastos de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, la Sala estima que la devolución de lo destinado al pago de las referidas primas también resultaba procedente, para de esa manera garantizar que la cotización obligatoria que en su momento dejó de recibir el RPM con ocasión del traslado, regrese a este de manera íntegra, 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 de seguro con un tercero, que es una relación jurídica ajena al proceso, de la cuál si surgiere algún derecho u obligación, debería resolverse en proceso aparte entre las partes interesadas.

Permitir que Porvenir 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:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

Precisamente, sobre las sumas que deben ser objeto de devolución tratándose de asuntos relacionados con la declaratoria de ineficacia del acto de traslado o vinculación inicial de régimen pensional, pueden ser objeto de revisión entre otras, las providencias CSJ SL2877-2020; CSJ SL655-2022 y CSJ SL755-2022; providencias en las que incluso, también se señaló la necesidad de que los rubros relacionados con comisiones o gastos de administración, los destinados al pago de los seguros previsionales de las pensiones de invalidez y sobrevivientes y los destinados al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, sean devueltos debidamente indexados, con cargo a los propios recursos de la AFP.

La Sala estima que la devolución indexada de las sumas que en su momento fueron descontadas por concepto de cuotas o comisiones de administración y el pago de las primas previsionales de los seguros de sobrevivientes e invalidez no configura una doble condena, en razón a que el propósito de la indexación es compensar el impacto inflacionario sufrido por los valores descontados por el simple transcurrir del tiempo desde el momento del descuento a la fecha en que sean reintegrados al RPM al que pertenecen.

Ahora bien, frente al interrogante de la apelación, en el que se señala que Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías también debió ser condenada a trasladar debidamente indexado a Colpensiones lo que por concepto de comisiones o gastos de administración, primas de los seguros previsionales y el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, descontó de las cotizaciones de la demandante durante el tiempo en que estuvo vinculada a esa AFP, la respuesta habrá de ser afirmativa, como quiera que, en efecto, la declaratoria de ineficacia de la afiliación del traslado de régimen pensional tiene por objeto retrotraer el estado de las cosas al momento en el que se generó la falencia contractual, esto es, como si la decisión del traslado nunca hubiese tenido ocurrencia, siendo entonces pertinente, procurar que las cotizaciones reingresen al RPM en la misma forma y cantidad que debieron serlo si no se hubiese presentado el traslado que se declara ineficaz. En consecuencia, se adicionará la providencia de primer grado, ordenando a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías que traslade a Colpensiones debidamente indexado y discriminando cada uno de los

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

valores objeto de traslado, lo que mes a mes descontó de las cotizaciones realizadas por la demandante por concepto de comisiones y/o gastos de administración, las primas de los seguros previsionales para el cubrimiento de las contingencias de invalidez y muerte y el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, durante el periodo o periodos que el actor fue su afiliado, esto es, entre el mes de marzo de 2005 al mes de agosto de 2007.

Así las cosas, la Sala encuentra que no le asiste razón a la apoderada de Porvenir S.A., en cuanto a la no procedencia de la devolución de gastos de administración y valores destinados al pago de primas de los seguros previsionales, así como su indexación, en tanto aceptar tal tesis, como ya se dijo, implicaría restarle efectos a la declaratoria de ineficacia, que por encontrarse ajustada a los preceptos que gobiernan en materia de afiliación y/o selección de régimen pensional y la jurisprudencia que actualmente impera, debe ser confirmada.

• **Del cuarto problema jurídico:**

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, no habrá lugar a adicionar la sentencia de primer grado, como lo alega la apoderada de Colpensiones.

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.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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, no había lugar a que se ordenara devolución alguna.

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 de la demandante sumas de dinero por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, no era viable disponer tal traslado.

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 sólo 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. En

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

consecuencia, queda claro que sobre las sumas adicionales de la aseguradora no era dable que se impartiera ningún tipo de condena.

Al no salir totalmente adelante el recurso de apelación formulado por la apoderada de la AFP Porvenir S.A., se impondrá a su cargo el pago de las costas de segunda instancia, tal y como deviene de lo consagrado en el artículo 365 del C.G.P.

Finalmente, en vista de que la renuncia presentada por el doctor Roberto Carlos Llamas Martínez, como apoderado judicial de la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, cumple con las exigencias previstas en el artículo 76 del CGP, en tanto fue comunicada al mandante, se procederá a su aceptación.

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° 034, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, el 26 de junio de 2023, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **DELKY ESBITA ORTEGA NARVÁEZ** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**; en el sentido de indicar que **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, también deberá trasladar a **Colpensiones** los porcentajes que mes a mes descontó de las cotizaciones efectuadas por la demandante, para sufragar el pago de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión mínima, durante el tiempo en que estuvo vinculada a esa AFP, esto es, del periodo comprendido entre el mes de marzo de 2005 al mes de agosto de 2007. Así mismo, se dispondrá que,

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

al momento de cumplir la orden, Colfondos S.A. efectúe el traslado de los conceptos ordenados discriminándolos en sus valores, detallando cada ciclo, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia, a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A. y en favor de la 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 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: ACEPTAR la renuncia al poder que fuera presentado por el doctor **ROBERTO CARLOS LLAMAS MARTÍNEZ**, como apoderado judicial del demandado Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías dentro del presente asunto, **advirtiéndole** que en virtud de lo consagrado en el inciso 4° del artículo 76 del C.G.P., la renuncia no pone término al poder, sino cinco días después de haberse presentado el memorial de renuncia en la Secretaría de la Sala.

CUARTO: 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2020-00039-01
Demandante:	Delcy Esbita Ortega Narváez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Colpensiones y otra.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.



*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**

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA SALA, DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DELCY ESBITA ORTEGA NARVAEZ, CONTRA COLFONDOS, PORVENIR Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2020-000039.

Con el acostumbrado respeto, me aparto de la decisión mayoritaria de incluir la condena en contra de la AFP del RAIS demandada, a la devolución de las sumas pagadas por concepto de las primas para la adquisición de los seguros previsionales, en primer lugar, porque no comparto el criterio relacionado con el pago de tales primas de los seguros previsionales con cargo al patrimonio de las AFP, al estar en contravía del tenor literal del artículo 20 de la Ley 100, en concordancia con el literal b) del artículo 60, en donde claramente se disponen los porcentajes de distribución de LAS COTIZACIONES de los afiliados, entre otros, para la compra de los seguros previsionales para beneficio de los afiliados.

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

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

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

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



LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL