

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA.

Popayán, diez (10) de julio 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° 058 de 26 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **DIANA NELLY FUENTES MENESES** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**; al igual que el grado jurisdiccional de consulta que sobre la referida providencia debe agotarse en favor de esta última entidad. Asunto radicado bajo la partida No. **19-001-31-05-003-2021-00037-01**.

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

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES:

1.1. La demanda

Como antecedentes fácticos relevantes se tienen los contenidos en la demanda, cuya copia obra en el archivo *“03.Demanda.pdf”* del cuaderno principal del expediente digital, a partir de la cual la parte demandante

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

pretende lo siguiente: **i)** se declare que el traslado que del RPM realizo al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A. estuvo mediado por error y por ello se encuentra viciado de nulidad, siendo ineficaz al no recibir información completa, comprensible y a la medida sobre las modalidades de pensión en el RAIS y las diferencias con la que obtendría en el RPM, el derecho de retracto; **ii)** se declare que su afiliación al RPM aún se mantiene vigente; **iii)** se condene a Colpensiones a corregir la historia laboral; apruebe la corrección de las semanas correspondientes al periodo comprendido entre el 1° de junio de 1998 a 7 de octubre de 1999; **iv)** condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes efectuados junto con sus respectivos rendimientos, asumir las diferencias a que haya lugar derivadas del cálculo de equivalencias entre regímenes, y; **v)** condenar a la AFP Porvenir S.A. al pago de las costas y agencias en derecho.

1.2. Contestación a la demanda.

1.2.1. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- también dio respuesta a la demanda mediante el memorial cuya copia obra en el archivo denominado “11ContestaciónColpensiones.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: *“improcedencia de la acción – en caso de engaño de AFP acción procedente es la prevista en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994”, “inexistencia de la obligación”, “improcedencia de declararse la ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de asesoría”, “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”, “la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso”, “errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C.”, “indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales – vulneración del principio de confianza legítima”, “inoponibilidad por ser tercero de buena fe”, “inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen”, “se otorga un alcance que no corresponde al contenido de los Decretos 663 de 1993 y 692 de 1994, en cuanto a la voluntad vertida en el formulario de afiliación”, “responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social”; “sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación”,*

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

“improcedencia de la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante ya tiene una situación jurídica consolidada o adquirieron el status de pensionados” 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 *“14.ContestacionPorvenir.pdf”* del cuaderno principal del expediente digital, aceptando algunos de los hechos y manifestando no constarle otros; se opuso a las pretensiones y en su defensa formuló las excepciones de fondo de: *“prescripción”, “falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas”, “buena fe”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación”, “prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo”, “innominada o genérica”, “inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones” y “debida asesoría del fondo”.*

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 octubre de 2022, dictó sentencia en la que resolvió: **(i)** declarar la ineficacia de la afiliación en pensiones de la demandante a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., suscrita el 6 de octubre de 1999 y efectiva desde el 1° de diciembre del mismo año. 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 del demandante por concepto de gastos de administración debidamente indexadas, así como para el fondo de garantía de la pensión mínima y pago de primas de los seguros previsionales. **(iii)** ordenar a Colpensiones recibir los valores

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

trasladados por Porvenir SA. **(iv)** declarar no probadas las excepciones de fondo formuladas por Porvenir SA y Colpensiones, y **(v)** condenar a la AFP Porvenir S.A. a pagar las costas que se liquiden a favor de la demandante, fijando el valor de las agencias en derecho en suma equivalente a un (1) smlmv.

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

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

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. manifestó que, en el presente asunto, conforme a las pruebas allegadas no se acreditó que la demandante con antelación a su vinculación al RAIS a través de esa AFP, que lo fue el 6 de octubre de 1999, hubiera estado afiliada al RPM. En consecuencia, la declaratoria de ineficacia no sería procedente, como quiera que no se trató de un traslado de régimen pensional sino de una vinculación inicial, que generaría que dada la

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

situación fáctica de la demandante, con la declaratoria quedara por fuera del sistema general de pensiones, aunado al hecho de que se encuentra dentro de las restricciones de ley que impiden realizar un traslado, esto es, haber realizado el retracto dentro de la oportunidad descrita en el Decreto 1161 de 1994, o hasta cuando le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad mínima para acceder a la pensión de vejez.

De igual forma, señaló la improcedencia de aplicar al asunto de la referencia, la jurisprudencia dictada por la CSJ en materia de traslado de régimen pensional. Por el contrario, afirma que, tratándose de vinculaciones iniciales, ya la CSJ tuvo la oportunidad de pronunciarse a través de providencia SL-1806-2022, indicando que si el afiliado nunca formó parte del RPM no puede generar el efecto anhelado, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con la administradora del RPM ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional para obligar en esa medida a dicho régimen a recibirla nuevamente, por encontrarse por fuera del sistema pensional.

Finalmente, señaló que, en caso de mantenerse la decisión de declarar la ineficacia, se revoquen las condenas relativas al traslado de los gastos de administración y lo descontado por concepto de las primas de los seguros previsionales, a fin de no vulnerar el principio de restituciones mutuas. Lo anterior, en vista de que la AFP durante todo el tiempo de vinculación de la demandante, realizó gestiones para que los dineros depositados en la CAI generaran rendimientos y porque la contratación de los seguros previsionales, se hizo en cumplimiento del mandato legal previsto en el artículo 108 de la Ley 100 de 1993. Precisó que, es la misma ley la que faculta para descontar el 3% de la cotización, para destinarla al pago de los mencionados rubros, constituyendo hechos consolidados y obligaciones de hacer que no se pueden retrotraer.

3.2. Del recurso de apelación de Colpensiones.

La apoderada judicial de Colpensiones solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda, porque se encuentra acreditado que la demandante de manera

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

previa a su vinculación a la AFP Porvenir SA en el año 1999, no estuvo afiliada al RPM por cuenta del ISS ni de ninguna otra Caja de Previsión Social, por lo que, no se trata de un caso de traslado de régimen pensional, sino de vinculación inicial que tiene un tratamiento diferente en la norma en cuanto a la declaratoria de ineficacia, ya la misma implicaría que quedara por fuera del sistema general de pensiones. Por lo tanto, consideró que la decisión de primera instancia es contraria a la ley y a la jurisprudencia actual de la CSJ.

Resalta que la vinculación de la demandante al RAIS obedeció al uso de la facultad de elegir libremente el régimen pensional y por ello no puede hablarse de que tenga un derecho adquirido, una expectativa legítima o que haya sufrido un perjuicio y máxime, porque tampoco se probó que hubiese sido constreñida o presionada por los asesores de Porvenir SA para firmar el formulario de vinculación inicial. Solicitó tener en cuenta lo señalado por la CSJ en providencia SL4211 de 2021.

Señaló que si bien se habló en el proceso de una relación laboral previa de la demandante al año 1999, lo cierto es que no hay prueba de que por parte del empleador se hubiere efectuado la respectiva afiliación o que está se hubiere realizado de manera independiente por la misma trabajadora.

Finalmente, manifestó que, en caso de confirmarse la decisión por parte del Tribunal, solicitaba se ordenara la adición de la sentencia, para que se ordene a la AFP trasladar a Colpensiones, las sumas adicionales de la aseguradora e igualmente los valores ordenados, discriminando en detalle los ciclos y los aportes realizados, tal y como se solicitó en la petición especial inserta en la contestación de la demanda.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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. Dentro de los términos concedidos, todas las partes presentaron alegatos de conclusión, así:

4.1. La **parte demandante** presentó alegatos de conclusión solicitando la confirmación de la decisión de primer grado, en cuanto esta acreditado en el proceso que la demandante firmó formulario de vinculación al ISS, efectuando los correspondientes aportes y que para el 6 de octubre de 1999 se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A., sin saber que se estaba trasladando de régimen pues no recibió la debida información.

4.2. 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 no es procedente la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación inicial al sistema de seguridad social en pensiones realizado por la demandante, máxime, cuando está acreditado que la elección de la demandante fue libre y voluntaria. Solicitó tener en cuenta lo señalado por la CSJ en la providencia SL4211 de 2021.

4.3. La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, presentó alegatos solicitando se revoque la decisión emitida en primera instancia, dado que esa AFP cumplió con el deber de información que le era exigible para la fecha de los hechos o del traslado, por lo cual el acto jurídico no puede ser declarado ineficaz. No obstante, confirmarse la decisión, solicitó que no se ordene a la AFP trasladar los valores referentes a cuota de administración y primas de seguro e indexación, dado que con ello se desconoce las reglas existentes en materia de restituciones mutuas y que la indexación está generando un doble pago, desconociendo que Porvenir S.A. realizó todas sus actuaciones de buena fe y bajo el principio de confianza legítima. Llamó la atención, en

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

que las decisiones que en sede judicial se tomen en estos casos de solicitud de traslado de régimen, deben considerar las reglas sobre las restituciones mutuas, la equidad y el principio de sostenibilidad financiera regulado en el art 48 de la Carta Política de Colombia, el mantenimiento del orden legal y la seguridad jurídica.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

5.1. COMPETENCIA: En virtud de lo consagrado en el artículo 66 del C.P.T.S.S., con la modificación incorporada por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, es esta Sala de Tribunal competente para conocer de la alzada propuesta por la parte demandada -AFP Porvenir 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, 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.

PROBLEMAS JURÍDICOS: En virtud de los recursos de apelación formulados por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, la Sala considera como problemas jurídicos a resolver los siguientes:

5.2.1. ¿Existen en el presente caso elementos de juicio que permitan declarar la ineficacia de la vinculación inicial y/o

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

traslado que del RPM al RAIS efectuó la demandante en el mes de octubre de 1999? En caso afirmativo, ¿en qué términos?

5.2.3. ¿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?

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. 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, más no así valores por sumas adicionales de la aseguradora, en tanto no se acreditó su causación. Sin embargo, se habrá de adicionar la decisión de primera instancia para precisar que la orden de traslado impuesta a la AFP Porvenir, debe ser materializada discriminando cada uno de los valores objeto de traslado, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

5.3.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

- **Del primer problema jurídico:**

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

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

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

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

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

Sobre el deber de las administradoras de fondos de pensiones, de suministrar información completa y verás sobre los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones a sus posibles afiliados, en torno a su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, se tiene que el mismo constituye una obligación que se ha venido imponiendo y desarrollado a través de diferentes dispositivos, entre los que se encuentran, entre otros, el Estatuto Orgánico y Financiero (literal f) artículo 72 y numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993), la Ley 100 de 1993, el Decreto 720 de 1994 (artículo 12), la Ley 795 de 2003, el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009, por medio del cual se modificó el literal

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

c) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993¹, la Ley 1741 de 2014, por medio de la cual se adicionó con un párrafo el artículo 9° de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2071 de 2015.

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

Sobre el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, tratándose del traslado a un régimen pensional a otro, pueden ser objeto de revisión y son fundamento de esta decisión, entre otras, las sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, reiteradas en sentencia de 22 de noviembre de 2011 (radicado 33083), sentencia SL12136 de 3 de septiembre de 2014, SL19447-2017, SL 16889-2019, SL4964-2018, SL4689-2018, 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.

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: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

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

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

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

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

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

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*

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: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

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

Ahora bien, en este punto es importante dejar de presente que, si bien es cierto la Sala no desconoce la existencia de varias providencias emitidas por la CSJ SL, tal y como es el caso de las SL4211 de 2021 y SL1806-2022, a través de las cuales, las Salas de Descongestión N° 2ª y 4ª de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al resolver unos casos de contornos fácticos similares al presente, decidieron señalar que no era procedente acudir a la ficción jurídica construida en materia de ineficacia del traslado tratándose de asuntos relacionados con afiliación inicial, o en otras palabras, en aquellos eventos en los que el actor no contara con una vinculación al RPM que precediera a la que realizó en el RAIS, debe señalarse que trata de una decisión que para esta Sala de Tribunal no puede ser considerada como un precedente de carácter vinculante.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

En efecto, en providencia proferida por esta Sala el 14 de febrero de 2023, en el proceso de radicación 19001-31-05-001-2021-00298-01, en el que actuó como Magistrada Ponente la doctora Claudia Cecilia Toro Ramírez, por parte de esta instancia se precisó lo siguiente:

“(…) en relación a la aplicación por parte de la A quo, a lo dispuesto por la Sala de Descongestión No. 02 en providencia SL4211 de 23 de agosto 2021, Radicación No. 85164, devine relevante para esta Sala clarificar, que las salas de descongestión no están llamadas a modificar los precedentes jurisprudenciales de las Salas permanentes, y cuando la mayoría de los integrantes de aquellas consideren procedente cambiar la jurisprudencia sobre un determinado asunto o crear una nueva, deberán devolver el expediente a la Sala de Casación Laboral para que esta decida³. De manera que no les está dada la posibilidad de modificar la jurisprudencia de manera directa.

Al respecto, en providencia C- 154 de 2016, la Corte Constitucional señaló:

“El objetivo de la descongestión es acelerar la toma de decisiones en los procesos detenidos para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia y la adopción de una sentencia en un plazo razonable. Su naturaleza es transitoria, pues pretende generar medidas de choque frente al represamiento de los procesos.

Por su parte, la unificación de jurisprudencia pretende garantizar igualdad y seguridad jurídica por medio de una función de carácter permanente. La sentencia SU-241 de 2015[146] se refirió al tema en materia de casación laboral. Consideró que la unificación es parte de varios objetivos sistémicos de la casación que van más allá de las partes, pero inciden en la realización efectiva de sus derechos fundamentales.

Como puede observarse, los objetivos de la descongestión distan de la búsqueda o participación permanente en la unificación de jurisprudencia. Si se aceptara que esta sala de descongestión conociera de la unificación se desnaturalizaría el objetivo para el que los cargos fueron creados, pues no lograrían ocuparse de la descongestión como corresponde. En efecto, el objetivo de esta sala no es crear nueva jurisprudencia, es resolver la mayor cantidad de casos en menos tiempo, por eso es razonable la medida que les impide conocer de la unificación.

*102.- Podría alegarse que esta medida restringe la autonomía e independencia judicial o incluso el debido proceso de los ciudadanos, pues los magistrados de descongestión no podrían, eventualmente, adoptar una posición diferente a la de la jurisprudencia vigente en la Corporación. Este argumento no sería admisible porque **no existe ningún impedimento para que los magistrados de la sala de descongestión discrepen de la jurisprudencia vigente o planteen la necesidad de crear una nueva postura, lo que la norma ha diseñado es un mecanismo en el cual, a fin de proteger el objetivo de la descongestión, los magistrados que discrepen o consideren que debe crearse nueva jurisprudencia deberán devolver el expediente a la Sala de Casación permanente para que sea esta la***

³ Artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un parágrafo al art. 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia – Ley 270 de 1996-.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

que decida. De esta manera se garantiza la seguridad jurídica y la igualdad de trato en los órganos de cierre sin anular el objeto del programa de descongestión. De esta manera se garantiza la seguridad jurídica y la igualdad de trato en los órganos de cierre sin anular el objeto del programa de descongestión.

De lo anterior se concluye que “cuando los magistrados de las Salas de Descongestión evidencien necesaria la creación o modificación de la jurisprudencia de la Sala Permanente, deberán remitirla a ésta, o, de lo contrario, sujetarse al criterio sentado por ella.”⁴.

Atendiendo a lo expuesto, no puede esta Sala tener como un precedente vinculante la decisión aludida en precedencia, pues ésta va en contravía de las disposiciones de la Sala Permanente. La que ha propendido por hacer realidad el principio constitucional de igualdad de quienes buscan la protección de sus derechos en la administración de justicia. Derecho que se vería vulnerado si se da un trato diferencial a las personas que por falta al deber de información se afiliaron por primera vez al RAIS y a las que, por falta de ese mismo deber, se trasladaron a dicho régimen, siendo el único criterio diferenciador entre este grupo de personas, el momento en el que se afiliaron al RAIS.

De manera que, al no encontrar un criterio diferenciador que justifique de manera suficiente el trato diferencial entre este grupo de personas, la sala reiterará el criterio que viene manejando frente a la ineficacia de la afiliación inicial.” (hasta aquí la cita)

Ahora bien, descendiendo al caso sometido a estudio, de los medios de prueba aportados y practicados dentro de la actuación judicial (archivos 04, 13 y 16), entre los cuales se encuentran: solicitud de vinculación al extinto ISS, solicitud de vinculación y/o traslado a la AFP Porvenir S.A., historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir S.A. de 3 de febrero de 2022, historia laboral expedida por Colpensiones y certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP, se tiene que, la demandante fue afiliada al extinto ISS, para las contingencias de salud y pensiones, mediante la suscripción de formulario de fecha 1° de junio de 1998, por cuenta del empleador “Francisco Fuentes”, entidad a la que se efectuaron cotizaciones equivalentes a 68,5 semanas y hasta el mes de septiembre de 1999. Así mismo, se tiene que el 6 de octubre de 1999, la demandante suscribió formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A., haciendo efectivo el traslado, el 1° de diciembre del mismo año. AFP en la que la demandante continuó efectuando aportes con fines pensionales.

⁴ Sala de casación penal Sentencia STP3489 de 16 de febrero de 2021; Radicación No. 114754.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

En este punto, es de resaltar que, si bien es cierto en la historia laboral aportada por Colpensiones no aparece ninguna semana cotizada, no por ello es dable entender que la demandante no perteneció a dicho régimen, pues es menester recordar que la afiliación al sistema general de pensiones se hace efectiva en principio, con la simple selección de uno de los dos regímenes pensionales (RPM o RAIS), de manera independiente al pago de las cotizaciones. Entonces, como en este caso no hay duda de que con antelación a la vinculación de la demandante a la AFP Porvenir, ella ya se encontraba haciendo parte del sistema general de pensiones por cuenta de su vinculación al entonces ISS, pues de ello no solo da cuenta la copia del formulario de vinculación obrante a folio 1° del archivo 04 del cuaderno de primera instancia, si no también la historia laboral expedida por la misma Colpensiones (fl. 9, archivo 13 del cuaderno de primera instancia), en la que se reporta como fecha de afiliación la de 1° de junio de 1998, es claro que su estancia en el RAIS debe ser tenida a raíz de un traslado y no como una vinculación inicial, como pretenden hacerlo ver las demandadas recurrentes al fundamentar la alzada.

Y es que, para aunar en razones, se advierte a partir de la historia laboral consolidada que expidió la misma AFP Porvenir SA y que allegó con su escrito de contestación de demanda (fl. 3 del archivo 13 del cuaderno de primera instancia), que dentro de sus registros, ya aparece que la demandante cuenta con un equivalente a 68,5 semanas cotizadas al RPM, de ahí que no sea posible desconocer la existencia de una vinculación previa al RPM, que resulta ser anterior a la vinculación al RAIS y por ende, quede despejada cualquier duda que pudiera existir en torno al traslado efectuado por la demandante al RAIS, para el 6 de octubre de 1999.

Ahora, aclarado en anterior aspecto, se tiene que en la demanda se afirma que la demandante fue vinculada al RAIS, sin que le fuese suministrada información completa, clara, oportuna y comprensible sobre esa decisión y sus consecuencias. Y por su parte, la AFP demandada no acreditó el cumplimiento del deber de información y asesoría previa, que era necesario al momento de la selección y/o vinculación inicial o por traslado de régimen pensional. Deberes que la Sala entiende, en virtud del precedente judicial que actualmente impera, no puede tenerse por

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

satisfecho con la sola suscripción de los formularios de vinculación inicial y/o traslado, en tanto dichos formatos no permiten constatar en qué forma y términos fue que se materializó el suministro de la información.

Es decir, por parte de las AFP se obvió aportar los medios de prueba que permitieran establecer en qué términos o forma fue que le brindaron 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 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

contrario, lo que se evidencia a partir de la norma traída a colación, es que desde aquella época, el deber de información implicaba el de brindar asesoramiento al afiliado, para de esa forma poder concluir que el ejercicio del derecho de elección, para vinculación inicial o traslado, estuvo precedido de un conocimiento claro, completo y preciso, sobre las implicaciones de la decisión.

La Sala tampoco encuentra como el hecho de haber perdurado la afiliación de la demandante en el régimen privado durante varios años, pueda convalidar las deficiencias de la vinculación y/o traslado, 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 el cambio 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 genera la declaratoria de ineficacia de la selección inicial y/o traslado al RAIS como régimen pensional, pues la AFP no ejerció ninguna labor probatoria que permitiera determinar que en el acto de ofrecimiento del servicio, le proporcionó 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 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 como no lo hizo, la consecuencia no podría ser otra que la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional para este caso específico.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Es por tanto, la falta de pruebas que permitan desvirtuar las negaciones indefinidas expuestas en la demanda, el incumplimiento 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 al RAIS, y la aplicación de 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 sea necesario resaltar, resultan también aplicables a los casos de vinculación por primera vez, que esta Sala considera como acertada la decisión del *a quo* al declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS de la demandante, en tanto no cierto que sea la existencia de una vinculación anterior al RPM, el presupuesto que da lugar a la declaratoria de ineficacia de la vinculación inicial o traslado al RAIS, sino lo falta de la información y asesoría debida, que se puede presentar tanto en uno como en otro caso, conllevando a la misma consecuencia, que no es otra que la declaratoria de ineficacia con la aplicación de los efectos que son consecuentes a tal figura, esto es, teniendo para todos los efectos, como si nunca la demandante se hubiese afiliado, vinculado y/o trasladado al RAIS.

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

En consecuencia, por las razones antes indicadas, se habrá de confirmar la decisión del juez de primera instancia, de declarar la ineficacia de la afiliación a pensiones de la demandante a través de la AFP Porvenir S.A.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

● **Del segundo problema jurídico planteado:**

Respecto de este ítem, relacionado con determinar si fue acertado ordenar a Porvenir SA que, además de trasladar el capital existente en la cuenta de ahorro individual 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”**, 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 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.

⁵ CSJ SL-1688 de 2019.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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)”.

Así las cosas, siguiendo la línea jurisprudencial imperante, 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, de ahí que el estado de las cosas es que la cotización completa que recibió el RAIS sea trasladada al RPM.

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: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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.

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, 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 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, no habrá lugar a adicionar la sentencia de primer grado, como lo pretende 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.

Luego entonces, como en el presente caso no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Finalmente, y teniendo en cuenta que es viable la solicitud elevada por Colpensiones al fundamentar la alzada, relacionada con ordenar a la AFP Porvenir S.A. que al cumplir la orden de traslado discrimine cada uno de los valores objeto de traslado, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, se procederá de conformidad, habida cuenta que dicha información resulta necesaria para organizar en debida forma la historia laboral de la afiliada que se reintegra.

Al no salir avante 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.

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 Sentencia N° 058, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, el 26 de octubre de 2022, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **DIANA NELLY FUENTES MENESES** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**; en el sentido de indicar que la orden de traslado allí dispuesta, debe ser materializada por la mencionada AFP, discriminando cada uno de los valores objeto de traslado, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. En lo demás se confirma la providencia recurrida.

SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia, a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A. y en favor de la demandante, al no salir

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00037-01
Demandante: Diana Nelly Fuentes Meneses
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

*Firma válida
providencia judicial*

**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO PONENTE**

*Firma válida
providencia judicial*

**LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL**

Con salvamento parcial de voto

*Firma válida
providencia judicial*

**CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL**

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA SALA, DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DIANA NELLY FUENTES MENESES, CONTRA PORVENIR Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2021-00037.

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