

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA.

Popayán, veinticinco (25) de septiembre 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° 071 de 13 de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **JOSÉ MARÍA BERRÍO TORRES** contra las **SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN 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. **19-001-31-05-003-2021-00069-01**.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

principal del expediente digital, a partir de la cual se pretende lo siguiente: **i)** se declare la ineficacia del traslado que el actor realizó del RPM al RAIS, a través de Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy AFP Porvenir S.A. **ii)** que en virtud del regreso automático del actor al RPM, se condene a la AFP Porvenir S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. **iii)** se condene a Colpensiones a recibir los aportes del demandante sin ningún miramiento y actualizando la historia laboral correspondiente. **iv)** se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

1.2. Contestación a la demanda.

1.2.1. 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 *"07.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 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 asesoría del fondo"*.

1.2.2. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- también dio respuesta a la demanda mediante el memorial cuya copia obra en el archivo denominado *"09.ContestaciónCOLPENSIONES.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*

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

invalidez de la misma”, “Retorno en cualquier tiempo al RPM, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera”, “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”, “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”.

1.2.3. La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. procedió a ejercer su derecho de defensa y contradicción, a través del memorial obrante en el archivo “14.ContestacionDemandaAFPProteccion.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: *“falta de causa en las pretensiones de la demanda”, “cobro de lo no debido”, “buena fe”, “inexistencia de vicio del consentimiento que pudo inducir a error en la afiliación de la demandante inicialmente a la AFP Protección S.A. que traiga como consecuencia la nulidad de esa afiliación”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa”, “inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe”, “prescripción” y la “genérica o innominada”.*

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez agotadas las audiencias correspondientes a la primera instancia, el *a quo*, en audiencia de juzgamiento celebrada el 13 de diciembre de 2022, dictó sentencia en la que resolvió: **(i)** declarar la

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

ineficacia de la afiliación en pensiones del demandante a la AFP Protección S.A., suscrita el 27 de diciembre de 1995 y materializado el 1° de enero de 1996, así como sus posteriores traslados dentro del RAIS. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el 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 de las sumas de dinero que en su momento fueron descontadas de la cuenta individual del actor por concepto de gastos de administración debidamente indexados, lo descontado con destino a la garantía de pensión mínima y lo descontado de las cotizaciones obligatorias para el pago de las primas de seguros previsionales de la cuenta de ahorro individual del demandante, obtenidos hasta la fecha en que se produjo la entrega de dicho capital a Colpensiones, con la debida indexación. **(iii)** ordenar a Colpensiones recibir los valores trasladados por Porvenir S.A. **(iv)** declarar no probadas las excepciones de fondo formuladas por Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones; **(v)** condenar a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. a pagar las costas que se liquiden a favor del demandante, fijando el valor de las agencias en derecho en suma equivalente a medio (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, 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.

Así mismo, señaló que si bien es cierto al actor se le aceptó solicitud de traslado de régimen pensional al RPM, elevada en el mes de agosto de

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

2019 y en virtud de la cual la AFP Porvenir S.A. trasladó a Colpensiones las sumas dinero existentes en la cuenta de ahorro individual y los rendimientos financieros, lo cierto es que tal traslado fue declarado ineficaz por parte de Colpensiones a través de Resolución N° SUB 5722 de 15 de enero de 2021, razón por que también entonces resultaba procedente la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado en el año 1995, pero aclarando que los valores objeto de traslado al régimen de prima media, solo corresponderían a gastos y/o comisiones de administración, primas de seguros previsionales y fondo de garantía mínima, más la respectiva indexación.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones formularon recursos 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 encontrarse inconforme con la decisión de primera instancia. Al respecto indicó que el actor ya no es afiliado de la AFP Porvenir S.A. sino de Colpensiones. Que el actor egresó de Porvenir SA el 30 de septiembre de 2019, al cumplir los requisitos establecidos jurisprudencialmente. Refiere que la orden emitida en primera instancia frente a la ineficacia del traslado no tiene en cuenta que el demandante por la trazabilidad de su historia laboral conocía de los beneficios del RAIS, ejerciendo posteriormente el derecho a retornar al RPM, al acreditar 750 semanas. Señala que la AFP Porvenir S.A. trasladó a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados en el RAIS existentes en la cuenta de ahorro individual del actor.

También refiere estar en desacuerdo con la orden de trasladar a Colpensiones los valores descontados por concepto de gastos de administración, como quiera que la misma desconoce las reglas existentes en materia de restituciones mutuas y el principio que proscribe el enriquecimiento sin justa causa. Indica que la restitución ofrece dificultad tratándose de prestaciones que es imposible retrotraer, como en este caso,

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

tratándose de las gestiones de administración frente a los recursos del administrado; función que se encuentra a cargo de las AFP por mandato contenido en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994, e implica inversión de los recursos para garantizar la rentabilidad mínima y el suministro de asesoría, no siendo posible entonces predicar que con dicho cobro se genere un detrimento al patrimonio del afiliado.

Así mismo, manifiesta que también resulta cuestionable la orden de restituir valores correspondientes a primas de seguros previsionales, en tanto el contrato de seguros es de tracto sucesivo, en el que agotado el término de su cobertura el asegurado devenga la totalidad de la prima otorgada; seguro que es tomado para dar aplicación al mandato previsto en el artículo 1070 del Código de Comercio y 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.

Resalta que los aportes efectuados por el actor deben ser trasladados a Colpensiones, con los rendimientos que se hubieren generado en el RPM, es decir, con los rendimientos RIS, y que desde el año 2019 los aportes ya están en Colpensiones, por lo que solicita que el Tribunal autorice descontar tales valores de los gastos de administración y primas de los seguros previsionales, o en su defecto se ordene el reintegro de un porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual, tal y como deviene del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, dado que la justicia no puede desconocer el trabajo desarrollado por la AFP que generó un incremento notorio en el saldo de la CAI.

3.2. Del recurso de apelación presentado por Colpensiones

El apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones formuló recurso de apelación indicando que el actor para el 13 de diciembre de 2022, fecha en la que se profiere la sentencia, cuenta con 65 años de edad, al haber nacido el 5 de abril de 1957. Igualmente, que a “17 de septiembre” cuando radicó la solicitud de traslado inicial, se encontraba vigente la causal prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

2003, por lo que solicita se revoque la decisión de condenar a Colpensiones el traslado del actor.

Por otro lado, solicita que se adicione o establezca condena a cargo de la AFP Protección S.A. por concepto de devolución de cuotas de administración, teniendo en cuenta que existen periodos en los que el actor estuvo vinculado a esa AFP.

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 sólo la parte demandante y la demandada Colpensiones presentaron oportunamente alegatos de conclusión, así:

4.1. La **parte demandante** presentó alegatos de conclusión solicitando la confirmación de la decisión de primer grado, en cuanto está acreditado en el proceso que el demandante estuvo vinculado al ISS, efectuando los correspondientes aportes y que para el mes de septiembre de 1995 fue trasladado al RAIS sin el cumplimiento de los requisitos legales para ello.

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 la decisión de primer grado se fundamentó en el hecho de que por parte de la AFP no se brindó la debida asesoría al demandante,

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

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

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

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:

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

5.2.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del traslado que del RPM al RAIS efectuó el actor el 27 de diciembre de 1995?. Para dicha declaratoria, ¿tiene alguna incidencia el traslado que al RPM le fue aceptado al actor en el mes de septiembre de 2019?

5.2.2. De ser afirmativa la respuesta frente a la declaratoria de ineficacia, ¿fue acertado ordenar a la AFP Porvenir SA que 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 como la devolución indexada de dichos rubros?

5.2.3. ¿Se debió también imponer a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones debidamente indexados, los valores que descontó por concepto de comisiones de administración y primas de los seguros previsionales durante el tiempo en que el actor estuvo afiliado a esa AFP?

5.3. TESIS DE LA SALA: La tesis de la Sala frente a los problemas jurídicos relacionados con la declaratoria de ineficacia del acto de traslado efectuado por el actor en el mes de diciembre de 1995 es afirmativa, como quiera que si bien es cierto se acreditó que el 17 de septiembre de 2019, la AFP Porvenir S.A. aprobó el traslado del actor al RPM bajo el amparo de lo consagrado en la sentencia SU 062 de 2010, también lo es que en fecha posterior, Colpensiones a través de acto administrativo decidió que dicho traslado fue invalido por incumplimiento de los requisitos establecidos para ello, de ahí que en la actualidad, no pueda afirmarse que el actor ya no es un afiliado del RAIS. Por lo tanto, al no haberse acreditado por las AFP demandadas que previo al traslado de régimen efectuado por el actor el 27 de diciembre de 1995, le suministraron información completa y suficiente sobre los beneficios y las consecuencias que la referida selección podía generar frente su derecho pensional, fue acertado declarar vía la ineficacia pretendida en la demanda; declaratoria frente a la que no resultaba aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción y por cuenta de la cual era necesario que la AFP Porvenir S.A. traslade a Colpensiones los dineros que

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

aún posea del actor o en su defecto, que haya descontado de los aportes, a título de comisiones por administración, primas de seguros previsionales para las contingencias de invalidez y muerte y para el Fondo de Garantía de la pensión mínima, debidamente indexados. Traslado que por los mismos conceptos también debía ser impuesta a la AFP Protección S.A. con relación al tiempo en que el actor fue su afiliado y frente a lo que se deberá adicionar la sentencia de primer grado.

5.3.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

● Del primer problema jurídico:

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

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

Por lo anterior, es claro que la libertad y voluntariedad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 supedita 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 estos requisitos, sea otra que la declaratoria de ineficacia del acto por inexistencia.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 en sentencia de 22 de noviembre de 2011 (radicado 33083), sentencia SL12136 de 3 de septiembre de 2014, SL19447–2017, SL 16889-2019, SL

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: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
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 solo es predicable de las situaciones de traslado, sino también de selección inicial de régimen pensional.

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

Ahora bien, descendiendo al caso sometido a estudio, de los medios de prueba aportados y practicados dentro de la actuación judicial (archivos

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: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

02, 07, 14 y carpeta 15 del cuaderno principal del expediente digital), entre los cuales se encuentran: historias laborales expedidas por Colpensiones y Porvenir S.A., formulario de traslado a la AFP Porvenir S.A., certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP, certificación sobre vinculación a la AFP Protección S.A. se tiene que por cuenta del demandante, en el periodo comprendido entre el 12 de junio de 1978 y julio de 1994, se efectuaron cotizaciones con fines pensionales al entonces Instituto de Seguros Sociales. Igualmente, que el 27 de diciembre de 1995, el actor se vinculó al RAIS a través de la AFP Protección S.A., haciéndose efectiva la misma el 1° de enero de 1996 y ya posteriormente, estando en dicho régimen, se traslado a las AFP Colmena, el 27 de octubre de 1998, a Horizonte Pensiones y Cesantías el 10 de febrero de 2000 y a Porvenir S.A. el 25 de noviembre de 2002, efectiva a partir del 1° de enero de 2003; vinculación que estaría vigente en la actualidad.

Si bien es cierto, dentro de lo documentos aportados al proceso, obra copia de oficio de 17 de septiembre de 2019³, a través del que Colpensiones le informa al actor que su solicitud de traslado fue aceptada, así como el oficio que el 30 de octubre del mismo año, la AFP Porvenir S.A. también le envía informándole del traslado⁴, existiendo también constancia en el expediente que dicha AFP traslado a Colpensiones los valores existentes en la cuenta de ahorro individual del actor⁵, no es menos que, posteriormente, Colpensiones decidió restarle validez al referido traslado, siendo prueba de ello, las Resoluciones N° SUB 91781 de 5 de abril de 2000, SUB 208586 de 30 de septiembre 2020 y SUB 5722 de 15 de enero de 2021, en las que, al resolver la solicitud del reconocimiento de la pensión de vejez al actor, le informan que no es posible acceder a la misma, porque para el 1° de abril de 1994, cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, no contaba con el requisito de 15 años o más de servicios cotizados, tal y como lo indica la sentencia SU 062 de 2010. Es más, si se revisa el expediente administrativo de Colpensiones, se advierte como esa entidad, el 15 de enero de 2021, certifica que el actor estuvo afiliado al Régimen de Prima

³ Ver folio 5 del archivo "02.Anexos.pdf" del cuaderno de primera instancia – expediente digital.

⁴ Ver folio 4 del archivo "02.Anexos.pdf" del cuaderno de primera instancia – expediente digital.

⁵ Ver folios 17 y 18 del archivo "07.ContestaciónPorvenir.pdf" del cuaderno de primera instancia – expediente digital.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones y que su estado es “*TRASLADADO A OTRO FONDO*”⁶.

Por lo tanto, como quiera que Colpensiones a través de acto administrativo que se encuentra debidamente ejecutoriado, ya adoptó una decisión frente al traslado de régimen pensional efectuado por el actor en el año 2019, decidiendo tenerlo como inválido, la Sala estima que dicha decisión goza de presunción de acierto y legalidad, por lo que, debe asumirse que el actor mantuvo vigente su vinculación al RAIS con la elección que realizó en el 27 de diciembre de 1995, la cual, de acreditarse que fue realizada sin que se le hubiese suministrada información clara y suficiente, puede ser objeto de declaratoria de ineficacia, tal y como viene enseñando la CSJ en su actual jurisprudencia.

Ahora bien, aclarado lo anterior, se tiene que en el presente caso, en la demanda se afirma que el demandante fue trasladado de régimen pensional sin que le fuese suministrado 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 AFP Protección S.A., con quien inicialmente se materializó el acto de traslado de régimen pensional, ni por parte de la AFP Porvenir S.A., en la que actualmente esta vigente la vinculación al RAIS.

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, pues si bien es cierto, no se puede desconocer que con la firma en él impuesta se refleja la voluntad del afiliado de realizar el mencionado acto, 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.

Es decir, por parte de las AFP se obvió aportar los medios de prueba que permitieran establecer que la información que le brindaron al demandante fue completa y clara, lo cual era de suma importancia, pues

⁶ Ver archivo “GEN-DOA-DA-2021_365842-20210118100624.PDF” de la carpeta “15.EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO JOSE MARÍA” del cuaderno de primera instancia – expediente digital.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 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.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

La Sala tampoco encuentra como el hecho de haber perdurado la afiliación del demandante en el régimen privado durante varios años o el traslado de AFP, 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 del demandante, el hecho que generó la declaratoria de ineficacia de la selección del RAIS como régimen pensional, pues la AFP no ejerció ninguna labor probatoria que permitiera determinar que en el acto de ofrecimiento del servicio, se le proporcionó al afiliado información suficiente, que llevara aparejado como un hecho indiscutido, que la decisión emitida fue libre y voluntaria, o como mínimo, que el personal asignado para brindar asesoría para efectos de la vinculación, 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 las administradoras de fondos de pensiones, que para desvirtuarla, debían acreditar la ocurrencia del hecho contrario, esto es, que por parte de esas entidades 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 en que se dio el traslado al RAIS, así como en aplicación a las sub reglas fijadas por la jurisprudencia especializada en torno a la ineficacia del acto de

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 el demandante, imponiéndole a la AFP Porvenir S.A., como actual AFP en la que se encuentra afiliado, afrontar la devolución de los dineros que a nombre de aquel aún tenga en su poder, así como las sumas que durante el tiempo que ha sido su afiliado, ha descontado por concepto de comisiones por administración, primas de seguros previsionales para las contingencias de invalidez y muerte y el fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexadas. Lo anterior, en vista de que al tenor de lo preceptuado en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, que fueron compilados en los artículos 2.2.7.4.1⁷. y 2.2.7.4.3⁸ 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 propósito es la recuperación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez

⁷ **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.

⁸ **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: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 jurídicos planteados:

Respecto de este ítem, relacionado con determinar si fue acertado ordenar a Porvenir S.A. que 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 rubros**, la respuesta es afirmativa.

Gastos y/o comisiones por Administración:

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada⁹, 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

⁹ CSJ SL-1688 de 2019.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 y artículo 1° del Decreto 4982 de 2007¹⁰.

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 afiliados¹¹.

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

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

Así las cosas, siguiendo la línea jurisprudencial imperante, y la precisión efectuada al resolver el primer problema jurídico, la Sala estima que fue acertado ordenar a la AFP Porvenir S.A., la devolución del rubro

¹⁰ Desde el año 2008, el valor de la cotización en los dos regímenes pensionales corresponde al 16% del ingreso base de cotización.

¹¹ 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: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 al demandante afiliado 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.

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 la AFP Protección S.A. 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Garantía de la Pensión Mínima, descontó de las cotizaciones del actor durante el tiempo en que estuvo vinculado 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 la AFP Protección S.A. que traslade a Colpensiones debidamente indexado y discriminando cada uno de los valores objeto de traslado, lo que mes a mes descontó de las cotizaciones realizadas por el actor 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.

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.

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,

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal tercero de la parte resolutive de la Sentencia N° 071, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, el 13 de diciembre de 2022, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **JOSÉ MARÍA BERRIO TORRES** contra las **SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**; en el sentido de indicar que la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A.**, también deberá trasladar a **Colpensiones** los porcentajes que mes a mes descontó de las cotizaciones efectuadas por el actor, 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 vinculado a esa AFP. Así mismo, se dispondrá que las AFP demandadas, al momento de cumplir la orden, efectúen el traslado de los conceptos ordenados discriminándolos en sus valores, detallando cada ciclo, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal cuarto de la parte resolutive de primera instancia, en el sentido de indicar que la orden allí impuesta, incluye a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

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

CUARTO: NOTIFICAR la presente sentencia mediante estado electrónico con inserción de la copia de la providencia en el mismo e

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2021-00069-01
Demandante: José María Berrio Torres
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A. y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 JOSE MARIA BERRIO TORRES, CONTRA PORVENIR, PROTECCIÓN Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2021-000069.

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