

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., 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 abril 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 el recurso de apelación formulado por la apoderada judicial de la demandada AFP Porvenir S.A. frente a la Sentencia N° 052 de 27 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL**, adelantado por **MARIO ERNESTO VELASCO MOSQUERA** 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. **19-001-31-05-001-2021-00201-01**.

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, obrante en el archivo *"002DemandaPoder.pdf"*, cuaderno

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

principal - expediente digital, a partir de la cual la parte demandante pretende lo siguiente: **i)** se declare la ineficacia del traslado que al RAIS efectuó inicialmente a través de la AFP Protección S.A. y posteriormente de la AFP Porvenir S.A.; **ii)** declarar y condenar a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. a asumir con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez del actor por los gastos de administración; **iii)** condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, los valores existentes en la cuenta de ahorro individual a su nombre, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora con los rendimientos que se hubieren causado; y, **iv)** condenar a las entidades demandadas al pago de las costas del proceso.

## **1.2. Contestación a la demanda:**

**1.2.1. La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-** dio respuesta a la demanda, mediante el memorial obrante en el archivo *"09ContestacionColpensiones.pdf"*, del cuaderno principal - expediente digital, señalando no ser ciertos y no constarle la mayor parte de los hechos, oponiéndose a las pretensiones de la demanda y formulando las excepciones de fondo de: *"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 la 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*

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

*parte demandante ya tiene una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados” y “prescripción”.*

**1.2.2. La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, dio contestación de la demanda, a través del memorial obrante en el archivo *“026ContestacionPorvenirS.A.pdf”*, del cuaderno principal – expediente digital, aceptando algunos hechos y negando otros; se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de fondo de: *“prescripción”, “prohibición legal de aplicar retroactivamente la ley”, “cumplimiento del deber de información aplicable al momento de la vinculación”, “límites del deber de información”, “principio de confianza legítima”, “falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas”, “buena fe”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación”, “prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo”, “innominada o genérica”, “inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones” y “debida entrega de información por parte del fondo”.*

**1.2.3. La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** contestó la demanda a través del memorial obrante en el archivo *“028ContestacionProtección.pdf”*, por medio del cual aceptó algunos hechos y negó otros, se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de fondo de: *“falta de causa en las pretensiones de la demanda”, “carencia de acción y ausencia de derecho”, “inexistencia de las obligaciones demandadas respecto de la administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A.”, “cobro de lo no debido”, “buena fe”, “inexistencia de vicio del consentimiento que pudo inducir a error en la afiliación del demandante inicialmente a las AFP ING hoy, hoy Protección S.A. que traiga como consecuencia la anulación de esa afiliación” y “prescripción”.*

## **2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Una vez surtidas las audiencias de trámite correspondientes a la primera instancia, la Juez de conocimiento en audiencia pública llevada a cabo el 27 de julio de 2022 procedió a dictar sentencia en la cual resolvió: **(i)** declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a la AFP Porvenir S.A.,

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

suscrita el 7 de noviembre de 1997 y luego el 1° de julio de 2003 y frente a la AFP Protección S.A. efectuada el 25 de septiembre de 2000. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales que el afiliado demandante nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM; **(ii)** condenar a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones y bonos pensionales (si los hubiere), con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, las sumas adicionales de la aseguradora si se hubieren causado y el porcentaje correspondiente a los gastos de administración; estos últimos debidamente indexados. Valores que deben ser recibidos por Colpensiones y deben aparecer discriminados en su monto e información relevante que los justifiquen. **(iii)** ordenar a la AFP Porvenir S.A., a normalizar la afiliación del demandante en el sistema correspondiente, entregar el archivo y detalle de los aportes junto con la historia laboral debidamente actualizada; **(iv)** ordenar a Colpensiones a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante en el RPM y a recibir la devolución de los dineros ordenados en ese proveído; **(v)** negar la prosperidad de todas las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas; y, **(vii)** condenar en costas a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A.

En síntesis, como fundamento de la decisión, a partir de lo preceptuado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993, las Leyes 795 de 2003 y 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 incorporado al Decreto 2555 de ese mismo año, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015, la Circular Externa 016 de 2016, sobre doble asesoría, así como por la CSJ en su jurisprudencia, especialmente la providencia SL 1688-2019, indicó que la selección del régimen pensional es libre y voluntaria, teniendo las administradoras de los distintos regímenes, la obligación de suministrar la información necesaria y suficiente para la adopción de decisiones dentro del sistema; información que el juez deberá analizar, dependiendo de la época en que se haya tomada la decisión de efectuar el traslado de régimen pensional, pero que ha existido desde la

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

creación o fundación de las administradoras de fondos de pensiones, ya que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, privándolo de todo efecto, bajo la ficción jurídica de que el traslado nunca se realizó al RAIS, o más bien, que la persona continuó afiliada al RPM y no perdió los beneficios del régimen de transición.

Frente a las afirmaciones consignadas en formatos pre impresos de las administradoras de fondos de pensiones, en los que se indica que la afiliación se hace libre y voluntaria, apoyada en jurisprudencia de la CSJ SL, señaló que no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, como quiera que, de lo único que pueden dar fe es de la emisión de un consentimiento. De ahí que, de señalarse en la demanda que la entidad no cumplió con el deber de información que le correspondía, es a las administradoras a las que les corresponde, bajo la inversión de la carga de la prueba, acreditar el hecho contrario.

A partir de lo anterior, concluyó que la AFP Porvenir S.A., incumplió su deber de información, de suerte que le permitiera al actor tener elementos de juicio claros y objetivos para escoger la mejor opción para su pensión. Por lo tanto, como en el presente caso no se acreditó que la AFP hubiera suministrado a la ahora demandante información clara y precisa sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, incumpliendo con el deber que le asistía, decidió declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, ordenando a Porvenir S.A. como actual administradora en la que el accionante se encuentra vinculado, que haga la devolución de los valores recibidos por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, éstos últimos, debidamente indexados y las sumas adicionales de la aseguradora si se hubiesen causado, sin que dicha devolución se haya visto afectada por el fenómeno jurídico de la prescripción, al tratarse de una figura que resulta improcedente en estos eventos, tal y como lo ha dicho la CSJ en providencias SL 12715-2014 y SL 4981-2020 y porque se trata de una decisión que no lesiona el principio de confianza legítima.

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

### **3. DEL RECURSO DE APELACIÓN.**

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

#### **3.1. Del recurso de apelación formulado por la apoderada de la AFP Porvenir S.A.:**

Como fundamento de la alzada, la apoderada de la AFP Porvenir S.A., manifestó ser inequitativo el traslado de la carga de la prueba a su representada, en la medida que no se trata en este caso de un afiliado lego sino de un profesional del derecho que en la actualidad ocupa el cargo de registrador, quien en su momento tuvo la oportunidad de informarse sobre cuál era la opción que más le convenía a través de los diferentes canales que tenía a su disposición o en su defecto ejercer el derecho de retracto o de traslado dentro de los 5 años siguientes a la vinculación o cuando le faltaran más de 10 años para cumplir la edad mínima pensional en el RPM.

Indicó que la decisión desconoce las reglas existentes en materia de restituciones mutuas al disponer la devolución de valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones, en tanto Porvenir S.A. en cumplimiento de sus obligaciones generó una rentabilidad a favor del afiliado que se estaría dejando sin la correlativa compensación, no siendo factible retrotraer los efectos de las labores de administración ya consolidadas, so pena de generar un enriquecimiento sin justa causa y transgredir las reglas previstas en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual, las AFP tienen derecho a una remuneración por la gestión realizada.

Así mismo, indicó que los valores recibidos por concepto de gastos de administración y comisiones, también pueden ser considerados como expensas necesarias que dan derecho a conservadas por la AFP, en tanto están destinados a cubrir los costos y remunerar las actividades

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

adelantadas por la AFP en cumplimiento del mandato legal de conservar el capital administrado, entre otras.

En relación con el seguro adquirido por la AFP en virtud de lo señalado en el artículo 108 de la Ley 100 de 1993, refirió que se trata de un seguro previsional que no puede verse afectado por la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, como quiera que durante su vigencia produjo consecuencias, beneficiándose el actor asegurado de la cobertura del mismo. Adujo que la contratación del seguro obedeció al cumplimiento de un deber legal y por ello no puede hablarse de la existencia de un detrimento patrimonial.

Señaló que la incursión en gastos de administración es una situación que el actor también habría tenido que soportar de continuar su vinculación en el RPM, en tanto el descuento del 3% de la cotización, es un aspecto que opera en ambos regímenes pensionales y por lo tanto no es cierto que se trate de un rubro que haga parte de los aportes destinados a la financiación de la pensión de vejez en el RPM. En consecuencia, solicito revocar la condena impuesta frente a la devolución de gastos de administración y primas de los seguros.

#### **4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.**

En firme el auto que admitió la apelación, se dio traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días a cada una, 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. Dentro de las oportunidades concedidas e incluso anticipada, algunas de las partes presentaron por escrito alegatos de conclusión, así:

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

**4.1.** La parte **demandante**, en sus alegatos, solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia. Al respecto, indicó ratificarse en los hechos expuestos en primera instancia.

**4.2.** La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** en sus alegatos, manifestó remitirse a los argumentos expuestos al contestar la demanda. 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, 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.

Solicitó, en aras de la protección del equilibrio financiero de Colpensiones, se ordene a la AFP Porvenir S.A. que todos los valores que se ordenó devolver en primera instancia, además de las sumas adicionales de la aseguradora, en caso de haberse causado, lo sean debidamente indexados, tal y como lo ordenó la CSJ en providencia CSJ SL1055 de 2022.

**4.3.** La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, presentó alegatos de conclusión solicitando la revocatoria de la decisión de primer grado, en tanto esa AFP cumplió con el deber de información que le era exigible para la fecha de los hechos o del traslado, por lo cual el acto jurídico no puede ser declarado ineficaz. Sin embargo, precisó que, de mantenerse la decisión solicitaba, tal y como señaló al argumentar la alzada, que en las devoluciones no se incluyan valores referentes a cuota de administración y primas de seguros, por desconocer las reglas existentes en materia de restituciones mutuas. Llamó la atención, que las decisiones que en sede judicial se tomen en estos casos de solicitud de traslado de régimen, deben considerar las reglas sobre las restituciones

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 -Porvenir S.A., 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, la de reintegrar 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 éste 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 el recurso de apelación formulado por la parte demandada -AFP Porvenir S.A., la Sala considera como problemas jurídicos a resolver los siguientes:

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

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

**5.2.2.** De ser afirmativa la respuesta frente a la declaratoria de ineficacia, **¿fue acertado ordenar a la AFP Porvenir S.A. que traslade a Colpensiones lo que en su momento descontó por concepto de gastos y/o comisiones por administración y para el pago de las primas correspondientes a los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes?**

**5.2.3.** En virtud del grado jurisdiccional de consulta, **¿es dable adicionar la providencia de primer grado para disponer la indexación de los valores que la AFP Porvenir S.A. debe trasladar a Colpensiones?**

**5.3. TESIS DE LA SALA:** La tesis de la Sala se orienta a **confirmar** la sentencia de primera instancia en cuanto a la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación inicial y/o traslado de régimen pensional, como quiera que por parte de la AFP demandada no se acreditó que de manera previa a tales actos, le haya suministrado al actor información completa y suficiente sobre los beneficios y las consecuencias que la referida selección le podía generar frente su derecho pensional; siendo igualmente acertada la orden impartida a la AFP Porvenir S.A., como última administradora a la que estuvo afiliado, de trasladar a Colpensiones todos los valores que a título de cotizaciones recibió con motivo de la vinculación; cotizaciones que conforme a las distribuciones señaladas por la ley, está conformada por los recursos destinados a la cuenta individual de ahorro pensional con sus rendimientos, lo descontado por concepto de gastos de administración (debidamente indexado), lo destinado al pago de las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y el fondo de garantía de pensión mínima. Declaratoria de ineficacia respecto a la que no resulta aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción. Sin embargo, en razón del grado jurisdiccional de consulta y para dar aplicación a la línea jurisprudencial que actualmente impera, **se adicionará la sentencia**, en el sentido de ordenar que los valores a trasladar por concepto de cuotas o primas de los seguros previsionales, porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, lo sean debidamente indexados.

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

### **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 consagrado en la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes que este trajo consigo, bien sea el RPM y/o el RAIS, 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

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 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

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 1993<sup>1</sup>, 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 o por traslado, que se materializa con la firma del formulario, se acredite que se asesoró debidamente al potencial cliente sobre los beneficios y consecuencias de su decisión, pues de lo contrario, no podría predicarse que el acto de selección del régimen fue debidamente informado, y por ello libre y voluntario.

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

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:

---

<sup>1</sup> 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: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

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

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

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

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

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

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

*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*

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

*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”.*<sup>2</sup>

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 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, 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 la cuales, las Salas de Descongestión N° 2ª y 4ª de la mencionada Corporación, al resolver dos asuntos de contornos fácticos similares al presente, decidió 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

---

<sup>2</sup> 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: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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.

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 decida<sup>3</sup>. 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*

---

<sup>3</sup> 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: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

*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 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.”<sup>4</sup>.

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 003, 017, 024 y 028** del cuaderno primera instancia - expediente digital), entre los cuales se encuentran: formularios de vinculación a la AFP Porvenir S.A., formulario de vinculación al Fondo Obligatorio de Pensiones y Cesantías Santander S.A., certificación de afiliación a Porvenir S.A., Historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir S.A., historia laboral expedida por Colpensiones y certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP, se tiene que el actor, mediante formulario suscrito el 7 de noviembre de 1997, se vinculó inicialmente a la AFP Porvenir S.A., trasladándose a la AFP Santander Pensiones y Cesantías (hoy Protección S.A.), el 25 de septiembre de 2000 para posteriormente retornar a Porvenir

---

<sup>4</sup> Sala de casación penal Sentencia STP3489 de 16 de febrero de 2021; Radicación No. 114754.

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

S.A., mediante la suscripción de formulario calendado 2 de mayo de 2003; administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la que ha permanecido hasta la actualidad.

En este punto es importante resaltar que en el formulario de vinculación inicial a la AFP Porvenir S.A., esto es, el que lleva por fecha el 7 de noviembre de 1997, se hace constar que se trata de un traslado de régimen pensional y que es Fonprenor (el establecimiento público que en su momento tuvo a cargo el reconocimiento y pago de las pensiones de los empleados de las Oficinas de Registro de instrumentos públicos y notarios del país), la entidad en la que estaba afiliado el actor. De igual manera, obra en uno de los archivos señalados en el párrafo anterior, historia laboral expedida por Colpensiones, en las que se advierte vinculación a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado Agroforestales del Cauca, para los ciclos correspondientes a los meses de septiembre y octubre de 1995, sin embargo, es de precisar que en dicha historia se deja como anotación *“nombres no concuerdan con Registraduría”*.

En la demanda se afirma que el demandante fue trasladado y/o afiliado al régimen pensional sin que le fuese suministrada información completa, clara, oportuna y comprensible sobre esa decisión y sus consecuencias; afirmación que la Sala encuentra no fue desvirtuada por Porvenir S.A., que es la entidad con la que se materializó el traslado de régimen pensional.

En el sentir de la Sala, el cumplimiento del deber de asesoría no se suple con el aporte del formulario de traslado de régimen pensional, pues si bien es cierto, no se puede desconocer que con la firma allí impuesta se refleja la voluntad del demandante de realizar el acto de vinculación y/o traslado de régimen pensional, no es 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 en qué términos o forma fue que le brindaron la información y asesoría debida al actor, lo cual era de suma importancia,

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 ese traslado frente al derecho pensional, y así deviene de las obligaciones impuestas a las entidades vigiladas, entre las que se encuentran las administradoras de fondos de pensiones, desde el mismo Estatuto Orgánico Financiero -Decreto 663 de 1993-, cuando en el numeral 1° del artículo 97 original, les señaló como un deber, el de 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 la vinculación inicial o traslado, estuvo precedido de un conocimiento claro, completo y preciso, sobre las implicaciones de la decisión.

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

La Sala tampoco encuentra como el hecho de haber perdurado la vinculación del demandante en el régimen privado durante varios años, pueda convalidar las deficiencias de la afiliación inicial y/o vinculación, pues es precisamente cuando ya se encuentra ad portas de causar el derecho pensional, que puede advertir que las promesas que lo llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, pues no se cumplió con la promesa de una mesada pensional más alta o mejor de la que pudo adquirir o consolidar en el RPM.

Y es que argumentos relacionados con traslados horizontales de fondo dentro del mismo RAIS, sin importar el número de veces que se haya realizado, no pueden ser aceptados como un mecanismo para convalidar un traslado que desde sus inicios quedó mal efectuado, pues es claro que cuando se hace uso de tal facultad, la voluntad que se emite se relaciona con las calidades del fondo, más no con las implicaciones que tiene la vinculación inicial y/o traslado de régimen pensional, que es una situación diferente, que como quedó visto, basta para ser considerado como ineficaz, con el simple incumplimiento del deber de información suficiente. Sobre este último aspecto, ya la CSJ SL ha tenido la oportunidad de referirse, indicando que una vez acreditada la ineficacia del traslado al RAIS el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas en este esquema, en tanto la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, siendo el desacato a tal deber, el que por sí mismo genera la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. (SL5686-2021).

Esta Sala, tampoco considera como aplicable a los procesos de ineficacia, la teoría del respeto al acto propio, para, por esa vía, convalidar la vinculación inicial y/o el traslado de régimen pensional que no cumple con las exigencias previstas en la ley, pues en estos casos, la buena fe, que es el principio en el que se sustenta la referida teoría, brilla por su ausencia; por el contrario, es precisamente su contraria, la mala fe, la que puede entenderse como presente, dado que en estos casos, es la ausencia de información vital e importante de forma precedente a la selección de régimen pensional y/o administradora, la que sanciona el legislador con la pérdida de eficacia del respectivo acto. Entender lo contrario, implicaría

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

aceptar que el incumplimiento de las obligaciones, es constitutivo de derechos, nada más contrario al principio constitucional de buena fe, cuyo objetivo principal es que tanto autoridades como particulares en todos sus actos, actúen con la mayor transparencia y rectitud.

Es por lo tanto, la insuficiencia e 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, le proporcionó al afiliado información suficiente, clara y concisa, que llevara aparejado como un hecho indiscutido, que la decisión emitida fue libre y voluntaria, o como mínimo, que el personal asignado para brindarle asesoría para efectos de la vinculación al sistema pensional y selección de régimen, 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 los fondo 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, generaron que la decisión resultara adversa a sus intereses.

Declaratoria de ineficacia que en todo caso se debe resaltar, se considera que no es lesiva del principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, en tanto las sumas que deben ser reintegradas al RPM, serán utilizadas para el reconocimiento del derecho pensional que llegue a causar en su momento el demandante.

Es entonces, ante la falta de pruebas que permitan desvirtuar las negaciones indefinidas expuestas en la demanda y el incumplimiento de las normas relativas al suministro de información suficiente, amplia y oportuna,

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

que estaban vigentes para el año 117, fecha en que se dio la vinculación inicial y/o el traslado, así como en aplicación a las sub reglas fijadas por la jurisprudencia especializada en torno a la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por deficiencia o indebida asesoría, que resultan también aplicables a los casos de vinculación por primera vez, que esta Sala considera como acertada la decisión de declarar la ineficacia antes aludida, imponiéndole a la AFP, Porvenir S.A., al ser la administradora con la que se materializó la vinculación al RAIS y en la que actualmente se encuentra afiliado, afrontar la devolución de los dineros que recibió por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, en caso de haberse recibido, rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, no solo porque fue la entidad que recibió las cotizaciones, sino también porque es importante recordar que al tenor de lo contemplado en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, que fueron compilados en los artículos 2.2.7.4.1<sup>5</sup>. y 2.2.7.4.3<sup>6</sup> del DUR 1833 de 2016, los promotores que lleguen a ser utilizados por las AFPs, estaban en el deber de suministrar a los posibles afiliados en el momento de promocionar la afiliación, información suficiente, amplia y oportuna, so pena de hacer responsable a la respectiva administradora, de cualquier infracción, error u omisión, que llegare a causar algún tipo de perjuicio a los intereses de los afiliados.

Aunque en el presente asunto, ninguno de los medios de prueba que fueron aportados al expediente, dan absoluta certeza de una vinculación previa del actor al RPM a través de Fonprenor o el extinto ISS, lo cierto es que, en criterio de esta Sala, como se señaló en párrafos anteriores, la declaratoria de ineficacia bien fuera de la vinculación inicial o por traslado

---

<sup>5</sup> **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.

<sup>6</sup> **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: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

resultaba ineficaz, por el solo hecho de la falta de pruebas que permitieran acreditar que de ser uno u otro caso, sí se le brindó al ahora demandante, la asesoría e información debida.

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

Así las cosas, son las anteriores razones las que conducen a confirmar en cuanto a la declaratoria de ineficacia de la vinculación inicial y/o traslado del demandante al RAIS, la providencia que es materia de revisión.

● **Del segundo problema jurídico planteado:**

Respecto de este ítem, relacionado con determinar si fue acertado ordenar a la recurrente AFP Porvenir S.A. que además de las cotizaciones y sus rendimientos financieros, trasladara a Colpensiones las sumas que en su momento descontó a título de ***gastos de administración y las destinadas al pago de las primas correspondientes a los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes***, la respuesta es afirmativa.

**De los gastos u cuotas de administración.**

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada<sup>7</sup>, 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

---

<sup>7</sup> CSJ SL-1688 de 2019.

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 la declaratoria 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 2007<sup>8</sup>.

Si bien no se desconoce que tanto en el RPM como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se trata de rubros que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Desde el año 2008, el valor de la cotización en los dos regímenes pensionales corresponde al 16% del ingreso base de cotización.

<sup>9</sup> 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: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 las AFP recurrentes, la devolución del rubro denominado gastos y/o comisiones de administración, en tanto se reitera, los efectos de la declaratoria de ineficacia conducen a tener como inexistente el acto de vinculación inicial y/o traslado, de ahí que el estado de las cosas es que la cotización completa que recibió el RAIS sea retornada o remitida 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 de la vinculación inicial y/o 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

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 acto de vinculación inicial y/o traslado, se pueda echar mano a la validez de un contrato de seguro con un tercero, que es una relación jurídica ajena al proceso, de la cuál si surgiere algún derecho u obligación, debería resolverse en proceso aparte entre las partes interesadas.

Permitir que Porvenir S.A. no devuelva el valor de las primas de los seguros previsionales, implicaría la violación directa del artículo 1746 del Código Civil, aplicable según la jurisprudencia y como se explicó anteriormente, a la figura de la ineficacia, en tanto las dos figuras dan a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiere existido el acto o contrato, máxime, cuando en este proceso tampoco se ha demostrado que se contrató el seguro previsional ni el valor de la póliza que es colectiva y de participación, conforme al artículo 108 de la Ley 100 de 1993 y menos, cuál es el valor que de la respectiva prima de seguros le corresponde al actor 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.

**• Del tercer problema jurídico:**

Frente a este interrogante, relacionado con determinar en virtud del grado jurisdiccional de consulta es dable adicionar la providencia de primer grado para disponer la indexación de los valores que la AFP Porvenir S.A. debe trasladar a Colpensiones, la respuesta es parcialmente afirmativa, en tanto siguiendo el lineamiento jurisprudencial que actualmente impera, la

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

devolución indexada es solo procedente respecto de las cuotas o gastos de administración, lo descontado para ser destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima y las primas de los seguros previsionales de las pensiones de invalidez y sobrevivientes. Las razones son las siguientes:

El grado jurisdiccional de consulta ha sido previsto como un mecanismo de revisión oficiosa de la sentencia que opera por ministerio de la ley, a través del que se pretende ejercer un control integral encaminado a corregir los errores de hecho o de derecho en los que haya podido incurrir el fallador de primer grado, sin que quede cobijado por los alcances del principio de la *no reformatio in pejus*<sup>10</sup>. A su vez, el artículo 48 del CPT y de la SS, señala que el juez deberá asumir la dirección del proceso, adoptando todas las medidas que sean necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales.

Sobre la devolución indexada de los valores que deben ser objeto de traslado por parte de las administradoras de Fondos de Pensiones en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, y con cargo a sus propios recursos, ya la CSJ, Sala de Casación Laboral ha tenido la oportunidad de pronunciarse indicando que la misma es procedente, tal y como es el caso, entre otras, de las providencias CSJ SL1561-2022, SL1055-2022 y SL4297-2022, pero es oportuno resaltar que una correcta lectura de lo allí consignado, permite establecer que la indexación que debe ser reconocida, debe serlo solo frente a los valores correspondientes a cuotas o gastos de administración, lo destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima y lo utilizado en el pago de las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y no a todos los rubros materias de la condena, como pretende hacerlo ver la apoderada de Colpensiones en los alegatos de conclusión.

En efecto, a manera de ejemplo en la providencia CSJ SL1055-2022, la Corte precisó:

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencia C-424 de 2015, que reitera lo dicho por esa misma Corporación en providencia C-968 de 2003.

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

“De ahí que Old Mutual S.A. Pensiones y Cesantías está obligada a devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; **así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021 y SL2207-2021), todos estos debidamente indexados.**”

Por lo tanto, a fin de garantizar que las cotizaciones que han sido realizadas por el actor con fines pensionales sean reintegradas al RPM de manera íntegra, y dar cumplimiento a la directriz jurisprudencial fijada por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, por parte de la Sala se habrá de adicionar el ordinal 2° de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, indicando que los valores correspondientes a cuotas o gastos de administración, lo destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima y lo utilizado en el pago de las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, deben ser trasladados por la AFP Porvenir a Colpensiones debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades.

En este punto, recuérdese que si bien el juez en sus providencias se encuentra sometido al imperio de la Ley, pues así deviene del artículo 230 Superior, no es menos que en tal ejercicio, también está obligado a tener en cuenta lo señalado por la jurisprudencia, a fin de hacer efectivos los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, de ahí que sea entonces está la razón que motiva a la Sala para dar aplicación a la doctrina probable que actualmente impera respecto a la devolución íntegra de la cotización al RPM e igualmente, la indexación de los valores correspondientes a gastos de administración, pago de primas de los seguros previsionales para las pensiones de invalidez y sobrevivientes y lo destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima

Así las cosas, al ser resuelto de manera desfavorable el recurso de apelación formulado por la AFP Porvenir S.A. se impondrá a su cargo de

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

esta entidad el pago de las costas correspondientes a la 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 segundo** de la parte resolutive de la Sentencia N° 052 de 27 de julio de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL**, adelantado por **MARIO ERNESTO VELASCO MOSQUERA** 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 los valores correspondientes a cuotas o gastos de administración, lo destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima y lo utilizado en el pago de las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, que deben ser trasladados por la AFP Porvenir S.A a Colpensiones, deben serlo con la respectiva indexación, la cual correrá con cargo a sus propias utilidades. En lo demás se confirma la providencia objeto de revisión.

**SEGUNDO: COSTAS** de segunda instancia a favor de la parte demandante y a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A., a quien se le resuelve desfavorablemente 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

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00201-01  
Demandante: Mario Ernesto Velasco Mosquera  
Demandado: AFP Porvenir S.A., 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**