Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00202-01
Demandante: Cristina Alida Vivas López
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA

Popayán, dos (2) de mayo 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 Porvenir S.A., frente a la Sentencia de 16 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **CRISTINA ALIDA VIVAS LÓPEZ**, contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-;** al igual que el grado jurisdiccional de consulta que sobre la referida providencia debe agotarse en favor de esta última entidad. Asunto radicado bajo la partida No. **19-001-31-05-002-2021-00202-01**.

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 denominado *"03. Demanda.pdf"* del cuaderno de primera instancia – expediente digital, a partir de la cual se pretende lo siguiente: **i)** se declare la ineficacia del acto de

traslado que la demandante hizo del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A.; **ii)** condenar a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; **iii)** condenar a las demandadas al pago de las costas procesales y agencias en derecho y los demás derechos que en virtud de la facultad ultra y extrapetita lleguen a quedar acreditados.

1.2. Contestación a la demanda.

1.2.1. La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** al ejercer su derecho de defensa y contradicción con la contestación de la demanda obrante en la carpeta *"10Contestación de Porvenir S.A."*, cuaderno principal - expediente digital, aceptó algunos hechos y negó 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 en el 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-** dio respuesta a la demanda mediante el memorial cuya copia obra en la carpeta *"11ContestaciónColpensiones"*, cuaderno primera instancia - expediente digital, aceptando los hechos; oponiéndose a las pretensiones de la demanda y y formulando las excepciones de fondo de: *"inexistencia de la obligación", "indebida*

interpretación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional", "inexistencia de vicio en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma", "imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos", "buena fe", "inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones", "prescripción", "responsabilidad Sui Generis de las entidades de la seguridad social", "juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado", "improcedencia del cobro de costas a Colpensiones", "improcedencia de la declaración de ineficacia y/o nulidad de traslado en casos en que el actor se encuentre pensionado o cumpliendo los requisitos para la obtención de la pensión" y la *"innominada o genérica".*

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez surtidas las audiencias de trámite correspondientes a la primera instancia, el Juez de conocimiento en audiencia pública llevada a cabo el 16 de septiembre de 2022, procedió a dictar sentencia en la cual, en aplicación a lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, decidió: (i) declarar la ineficacia del traslado que al RAIS, a partir del 1° de enero de 2003 se atribuye a la demandante, a través de la AFP Porvenir S.A.; ***(ii)*** declarar que la demandante conservó el derecho a retornar al RPM hoy administrado por Colpensiones y en consecuencia se condenó a Porvenir S.A., como última administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como: cotizaciones, gastos de administración, bonos pensionales si es del caso, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado. ***(iii)*** negó la excepción de prescripción, y; ***(iv)*** condenó a la AFP Porvenir S.A. a pagar las costas del proceso, estimando las agencias en derecho en suma equivalente a 1 smlmv al momento del pago.

Como fundamento de la decisión el *A quo* expuso que, en este evento, ante la ausencia de pruebas en el cumplimiento del suministro de

información clara y suficiente en la afiliación que al RAIS efectuara la demandante, resultaba procedente declarar la ineficacia de tal acto, en atención de lo consagrado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y en lo precisado por la CSL a través de providencias SL 1452-2019, SL 56174, SL 1421-2019 y SL4875-2020. De la misma manera indicó que en el presente asunto no tuvo operancia el fenómeno jurídico de la prescripción.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

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

La apoderada de la AFP Porvenir S.A. manifestó estar inconforme con la decisión de primer grado, indicando al respecto que, si los efectos de la declaratoria de ineficacia corresponden a crear la ficción jurídica de que la demandante nunca estuvo afiliada al RAIS y por ende se deben devolver todos los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual, también debe tenerse en cuenta que los rendimientos generados en el RAIS son diferentes a los del RPM y por ello, sólo habría lugar a la devolución del valor que corresponda a éstos últimos, o en su defecto, que no se tenga en cuenta lo descontado por gastos de administración, a fin de no desconocer las reglas existentes en materia de restituciones mutuas, en tanto la AFP ejecutó cabalmente sus obligaciones, generando una rentabilidad al afiliado, que en virtud de la declaratoria de ineficacia se dejarían sin la correlativa compensación.

Adujo que no es posible retrotraer los efectos de la prestación ejecutada y que la declaratoria de ineficacia no puede generar un enriquecimiento injustificado, máxime, cuando es el mismo legislador el que ha impuesto las obligaciones a cargo de las AFP así como el derecho a percibir una remuneración. Refirió que los dineros percibidos

por la AFP por concepto de gastos de administración pueden ser considerados como expensas necesarias, que le da en derecho a conservarlas.

Así mismo, señaló no estar de acuerdo con la restitución de los valores correspondientes a las primas de los seguros previsionales, al constituir el contrato de seguro un contrato de tracto sucesivo, en el que agotado el término por el que se adquirió la cobertura, el asegurador devengó de manera definitiva la totalidad de la prima acordada, tratándose igualmente de un seguro que fue adquirido para dar cumplimiento al mandato previsto en el artículo 108 de la Ley 100 de 1993 y frente al que no podría tener efectos la declaratoria de ineficacia.

Afirmo que, tanto lo descontado por concepto de gastos de administración como el valor de las primas de los seguros previsionales, no pueden considerarse como un deterioro a los recursos del afiliado, en tanto obedecieron al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley, con la finalidad de conservar los recursos destinados al financiamiento de la pensión de vejez, y por ello los cobros se hallan amparados por el principio de la buena fe y de confianza legítima.

4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En firme el auto que admitió la apelación, se dio traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días, conforme lo dispuesto el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020., 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. Tanto la demandante como las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones presentaron alegatos de conclusión, sin

embargo, solamente los allegados por la parte actora y Colpensiones fueron presentados en tiempo.

4.1. La **parte demandante,** presentó alegatos de conclusión solicitando al tribunal se confirme la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional efectuado por la parte actora, al estar acreditada la falta de información, y se condene a la AFP demandada a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, acompañados con los respectivos frutos e intereses que se hubieren causado.

4.2. La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones en sus alegatos, manifestó que la selección de régimen pensional es libre y voluntaria; hizo referencia a la imposibilidad de aplicar en este caso la inversión de la carga de la prueba, máxime, cuando los fondos sólo estaban obligados a registrar el consentimiento de los afiliados en los formularios de vinculación, sin que se hubiese acreditado que por parte del fondo no se cumplió con el deber de brindar una debida y suficiente información.

Indicó que, a pesar de que los fondos privados trasladen a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, los rendimientos financieros y gastos de administración existentes en la cuenta de ahorro individual debidamente indexados, se genera una afectación al sistema pensional, por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados en el régimen de prima media y que mediante providencia SL373-2021, la CSJ SL precisó que quienes hayan consolidado el derecho pensional y tengan la calidad de pensionados no podrán volver al RPM, a pesar de acreditarse que existieron fallas en la información, al tratarse de una situación jurídica consolidada, un hecho consumado y un status jurídico que no es dable revertir o retrotraer. Por lo tanto, solicitó se declaren probadas las excepciones de fondo formuladas con la contestación de la

demanda, se revoque la sentencia de primer grado, se declare la terminación del proceso y se condene en costas a la contraparte.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

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

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

5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS: En virtud del grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación formulado por Porvenir S.A., la Sala considera como problemas jurídicos a resolver los siguientes:

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

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

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

5.2.4. En virtud de la revisión efectuada al proceso en virtud del grado jurisdiccional de consulta, **¿Fue acertado no incluir dentro de los valores que se impuso devolver a la AFP Porvenir SA, los valores destinados al pago de las primas de los seguros previsionales y el Fondo de Garantía de la Pensión Minina, junto con la respectiva indexación de estos valores y la correspondiente a gastos de administración?**

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

sucediendo lo mismo con las *"sumas adicionales de la aseguradora",* siendo por ello procedente, revocar en cuanto a este concepto, lo dispuesto en la parte resolutiva de la sentencia objeto de revisión, siendo igualmente necesario, por otro lado, y a efectos de dar claridad, indicar que en la devolución impuesta por el juzgador de primer grado a Porvenir S.A., deben entenderse como incluidos, los valores descontados con destino al pago de las primas de los seguros previsionales de las pensiones de invalidez y sobrevivientes y el Fondo de Garantía de la pensión mínima, así como también, la indexación de estos valores, incluida la correspondiente a los gastos de administración. Aspectos por los cuales se adicionará en lo pertinente la parte resolutiva de la providencia de primer grado.

5.3.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

- **Del primer problema jurídico**:

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

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

condiciones, para dar paso a que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, es claro que la libertad y voluntariedad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, por lo que no queda duda de que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1994 ya comentado, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno, tanto así que es el mismo legislador el que de manera expresa ha señalado cuales son los requisitos necesarios para la existencia del negocio jurídico.

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

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

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

Sobre el deber de las administradoras de fondos de pensiones de suministrar información completa y verás sobre los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones a sus posibles afiliados, en torno a su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, se tiene que el mismo constituye una obligación que se ha venido imponiendo y desarrollado a través de diferentes dispositivos normativos, entre los que se encuentran, entre otros, el Estatuto Orgánico y Financiero (literal f) artículo 72 y numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993), la Ley 100 de 1993, el Decreto 720 de 1994 (artículo 12), la Ley 795 de 2003, el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009, por medio del cual se modificó el literal c) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993[1], Ley 1741 de 2014, por medio de la cual se adicionó con un parágrafo 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,

[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.

aunque éste contenga una cláusula en la que se afirme que la decisión de afiliarse fue libre y voluntaria, pues siempre será necesario y se requerirá que, de manera previa al acto de vinculación, que se materializa con la firma del formulario, se acredite que se asesoró debidamente al potencial cliente sobre los beneficios y consecuencias de su decisión, pues de lo contrario, no podría predicarse que el acto de selección del régimen fue debidamente informado, y por ello libre y voluntario.

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

A partir de estas providencias, quedaron establecidos como deberes a cargo de las AFP desde la entrada en vigencia del RAIS y son lineamientos jurisprudenciales que orientan este tipo de decisiones sobre afiliaciones o traslado de régimen los siguientes:

> *"1. Las administradoras de fondos de pensiones y cesantías, tienen una responsabilidad profesional con sus afiliados, y entre sus múltiples deberes está el de información.*
>
> *2. El deber de información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
>
> *3. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*

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

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

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

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

8. Como reglas básicas para estimar si el traslado cumplió los requisitos de transparencia están: el conocimiento de los beneficios que dispense cada régimen, la proyección del monto de la pensión que se percibiría en cada caso de uno de ellos, la diferencia en el pago de aportes que se realizan en cada régimen, y las implicaciones y conveniencias de la decisión".[2]

De la misma manera, es importante señalar que sobre la inaplicabilidad de la prescripción frente a pretensiones encaminadas a obtener la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

[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.

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 05, 10 y 16 del expediente digital), entre los cuales se encuentran: historia laboral expedida por Colpensiones, Certificación Electrónica de Tiempos Laborados CETIL, historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir S.A., certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP y formulario de solicitud de vinculación o traslado de Fondo de Pensiones Obligatorias y al Fondo de Cesantías Horizonte S.A., se tiene que la demandante, en el periodo comprendido entre el 27 de enero de 1981 y el 15 de diciembre de 1984, prestó sus servicios para el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana -Inurbe en Liquidación-, efectuando cotizaciones en dicho lapso en la hoy extinta Cajanal e igualmente, que en el periodo comprendido entre el 1° de febrero de 1997 y el 31 de marzo del mismo año, estuvo afiliada y cotizando al entonces ISS, hoy Colpensiones, para posteriormente, con la suscripción de formulario de 29 de noviembre de 2002, continuar haciéndolo, pero a través de la entonces AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.); acto con el cual se materializó el traslado de régimen pensional que se hiciera efectivo a partir del 1° de enero de 2003.

Ahora bien, en la demanda se afirma que la demandante fue trasladada de régimen pensional sin que se le hubiese brindado información y explicación suficiente y transparente sobre los efectos de esa decisión; afirmación que la Sala encuentra no fue desvirtuada por la

AFP demandada, quien obvió aportar pruebas que permitieran llevar a convencimiento distinto.

En el sentir de la Sala, el cumplimiento del deber de asesoría no se suple con el aporte del formulario de traslado de régimen pensional, ni con los de traslado entre administradoras del RAIS, pues si bien es cierto, no se puede desconocer que con las firmas en ellos impuesta se refleja la voluntad del afiliado de realizar cada uno de esos actos, no son suficientes para constatar que se trató de una manifestación debidamente informada, en la forma y términos que precisa el criterio jurisprudencial que actualmente impera.

Por parte de la AFP se obvió aportar los medios de prueba que permitieran establecer en qué términos o forma fue que se le brindó la información y asesoría debida a la demandante, lo cual era de suma importancia, pues dadas las condiciones de orden legal que rigen el actuar de la administradoras de fondos de pensiones, constituye un deber y no una simple liberalidad, el suministro de información o asesoramiento integral sobre el producto que se ofrece, para de esa manera poder entender que cuando se acepta el servicio ofrecido, el usuario lo hace con el pleno conocimiento tanto de los beneficios como de las consecuencias, y por ende, obedece a una decisión adoptada de manera consiente y voluntaria, pues no sería lógico que ante un derecho de tanta importancia como lo es la pensión, el afiliado acepte cambiar las condiciones que ya traía, por unas que hagan más dificultosa la consolidación del derecho, o en su defecto, generen la reducción o mengua del mismo.

Como lo ha venido enseñando la jurisprudencia especializada, el suministro de información no solo hace referencia a la ilustración sobre las características, condiciones y forma de vinculación al régimen, sino también a conocer de los efectos y riesgos de ese traslado frente al derecho pensional, y así deviene de las obligaciones impuestas a las entidades vigiladas, entre las que se encuentran las administradoras de

fondos de pensiones, desde el mismo Estatuto Orgánico Financiero –Decreto 663 de 1993- , cuando en el numeral 1° del artículo 97 original, les señaló como un deber, el suministrar a los usuarios de los servicios que presten, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos, **escoger las mejores opciones del mercado,** de ahí que no sea dable afirmar, en casos como el presente, que por parte de los jueces se está sancionando el incumplimiento del deber de asesoramiento, con normas que no existían para la fecha en que se llevaron a cabo los traslados de régimen pensional, incurriendo en una indebida aplicación retroactiva de la ley, pues por el contrario, lo que se evidencia a partir de la norma traída a colación, es que desde aquella época, el deber de información implicaba el de brindar asesoramiento al afiliado, para de esa forma poder concluir que el ejercicio del derecho de elección, estuvo precedido de un conocimiento claro, completo y preciso, sobre las implicaciones de la decisión.

La Sala tampoco encuentra como el hecho de haber perdurado la afiliación de la demandante en el régimen privado durante varios años, pueda convalidar las deficiencias de la afiliación, pues es precisamente cuando ya se encuentra ad portas de causar el derecho pensional, que se pueden advertir los efectos que la falta de información sobre las consecuencias del traslado le trajo a su derecho pensional.

Igualmente, 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 el 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).

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

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

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

Es por lo tanto, la inexactitud de la información y/o la omisión sobre la forma como el nuevo régimen se puede materializar en el caso específico del pretendido afiliado, el hecho que genera la ineficacia del acto de traslado, pues el Fondo de Pensiones no ejerció ninguna labor probatoria que permitiera determinar que en el acto de ofrecimiento del servicio, le proporcionó información suficiente, que llevara aparejado como un hecho indiscutido, que la decisión emitida fue libre y voluntaria, o como mínimo, que el personal asignado para brindar asesoría a la demandante para efectos de su vinculación, tenía los conocimientos necesarios para efectuar tal labor.

Carga de la prueba que en el presente asunto estaba a cargo de 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 brindaron la asesoría debida y como no lo hicieron, se produjo una decisión adversa a sus intereses.

Es entonces, la falta de pruebas que permitan desvirtuar las negaciones indefinidas expuestas en la demanda, el incumplimiento de las normas relativas al suministro de información suficiente, amplía y oportuna, vigentes para el año 2002, fecha de suscripción del formulario de vinculación y/o traslado y en la que se expresó la voluntad del trasladarse, así como la aplicación de las sub reglas fijadas por la jurisprudencia especializada en torno a la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por deficiencia o indebida asesoría, que esta Sala

considera como acertada la decisión de declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional que en su momento efectuó la parte actora, imponiéndole a la AFP Porvenir S.A., al ser la entidad a la cual se encuentra actualmente vinculada la demandante, afrontar la devolución de todos los dineros que recibió por concepto de cotizaciones, bonos pensionales en caso de haberse recibido, gastos de administración y rendimientos financieros, no solo porque fue la entidad que recibió las cotizaciones, sino también porque es importante recordar que al tenor de lo contemplado en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, que fueron compilados en los artículos 2.2.7.4.1[3]. y 2.2.7.4.3[4] 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, amplía 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.

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

[3] **ARTÍCULO 2.2.7.4.1. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES.** Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.
Los costos que generen los convenios que celebren las sociedades administradoras del sistema general de pensiones con los promotores no podrán trasladarse, directa o indirectamente, a los afiliados.

[4] **ARTÍCULO 2.2.7.4.3. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES.** Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.
Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.

derecho a la pensión de vejez bajo las garantías que de él emanan, se torna en un derecho de carácter imprescriptible.

Así las cosas, son las anteriores razones las que conducen a confirmar en cuanto a los citados aspectos la providencia objeto del grado jurisdiccional de consulta y del recurso de apelación formulado por la apoderada de Porvenir S.A.

- **Del segundo problema jurídico planteado**:

Respecto de este ítem, relacionado con determinar si fue acertado ordenar a la AFP demandada que además de los valores que percibió por concepto de *"cotizaciones"*, devolviera también las sumas que en su momento descontó a título de ***"gastos de administración",*** la respuesta es afirmativa.

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada[5], 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

[5] CSJ SL-1688 de 2019.

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[6].

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[7].

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*

[6] Desde el año 2008, el valor de la cotización en los dos regímenes pensionales corresponde al 16% del ingreso base de cotización.
[7] Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

(CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964 – 2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL 1688-2019)".

Así las cosas, siguiendo la línea jurisprudencial imperante, la Sala estima que fue acertado ordenar a la AFP demandada, la devolución del rubro denominado gastos y/o comisiones de administración, en tanto se reitera, los efectos de la declaratoria de ineficacia conducen a tener como inexistente el acto de traslado, de ahí que el estado de las cosas es que la cotización completa que recibió el RAIS sea retornada al RPM.

- **Del tercer problema jurídico planteado**:

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

En tal sentido, es preciso recordar que en virtud de lo consagrado en el artículo 63 de la Ley 100 de 1993, el rubro denominado "*sumas adicionales de la aseguradora"* no hace parte de la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, ni tampoco constituye un capital que se encuentre a cargo de las administradoras del fondo de pensiones, pues si se revisan los artículos 70 y 77 de la citada ley, lo que se logra avizorar es que se trata de un valor que debe correr por cuenta de la aseguradora con la que la AFP haya suscrito el seguro previsional, cuando en la cuenta individual del afiliado no exista el capital suficiente para financiar el pago de la pensión de invalidez o sobrevivientes según sea el caso.

Luego entonces, como en el presente caso no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, sino simplemente de determinar los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, queda evidenciado que no era dable incluir dentro de los conceptos que

debe devolver la AFP a Colpensiones, lo correspondiente al rubro de *"sumas adicionales de la aseguradora"*, pues como ya se vio, en este caso no tendrían aplicación, por lo que sobre este aspecto, fue desacertada la decisión de primer grado, cuando decidió incluir dentro de los rubros que deben ser trasladados a Colpensiones, las referidas sumas adicionales.

De la misma manera, es importante precisar que si bien la Sala no desconoce que sobre la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del acto traslado, ha hecho referencia la Sala de Casación Laboral en varias de sus providencias[8], citando como sentencia inicial la correspondiente al radicado 31989 de 2008, es importante precisar que es solo en la parte considerativa de esta providencia, más no resolutiva que la Corte hace referencia a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, pero citando dicho rubro de manera enunciativa, al hacer referencia al deber de las administradoras de devolver al sistema, todos los valores que **hubiere recibido** con motivo de la afiliación. Por lo tanto, como en el presente asunto no está acreditado que la AFP demandada recibió respecto de la demandante sumas de dinero por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, no era viable disponer tal traslado, por lo que este rubro será objeto de revocatoria.

En este punto, es necesario precisar que no es dable confundir el rubro denominado *"sumas adicionales de la aseguradora"*, con el valor de las primas correspondientes a los seguros contratados por las AFP con aseguradoras, para garantizar el pago de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, pues como quedó visto al resolver el presente problema jurídico, las sumas adicionales solo se originan cuando una vez causada la correspondiente pensión de invalidez o sobrevivientes, en la cuenta de ahorro individual del afiliado no se cuenta con el capital necesario para

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

solventar el pago de la respectiva prestación, siendo entonces de cargo de la correspondiente aseguradora, asumir el valor que hiciere falta.

Del cuarto problema jurídico planteado:

Frente a este interrogante, relacionado con determinar en virtud del grado jurisdiccional de consulta, si la sentencia de primera instancia debió incluir el valor de las sumas que en su momento se descontaron por concepto de primas de los seguros previsionales para la contratación de los seguros de invalidez y sobrevivientes y lo destinado al Fondo de Garantía de la pensión mínima, así como también la indexación de los mismos y la correspondiente a los valores descontados por concepto de comisiones o gastos de administración, la respuesta habrá de ser afirmativa y por ello se adicionará en lo respectivo la sentencia. Las razones son las siguientes:

En efecto, el grado jurisdiccional de consulta ha sido previsto como un mecanismo de revisión oficioso 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*[9]. 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.

En relación con los **valores destinados al pago de primas previsionales correspondientes seguros de invalidez y sobrevivientes,** es menester recordar 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%

[9] Corte Constitucional, sentencia C-424 de 2015, que reitera lo dicho por esa misma Corporación en providencia C-968 de 2003.

para financiar con el mismo los gastos de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Luego entonces, la Sala estima que la devolución de lo destinado al pago de las referidas primas también resultaba procedente, como quiera que de esa manera se garantiza 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.

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

Efectivamente, a partir de lo consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, en concordancia con lo previsto en el artículo 1° de Decreto 4982 de 2007, se tiene que, tratándose de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el porcentaje general del 16% del IBC o en otras palabras, la cotización, se distribuye de la

siguiente manera: el 11.5% para la cuenta individual de ahorro pensional; el 3% para financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y el 1.5% para asegurar la garantía de pensión mínima.

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

Si bien es cierto, no se puede negar que del contenido del ordinal 3° de la parte resolutiva de la sentencia, se puede advertir que el *A quo* ordenó a la AFP Porvenir SA trasladar a Colpensiones "*todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones"*, con lo cual, tendría que entenderse incluidos los valores que de esa cotización por parte de la AFP se descontaron para el pago de las primas de servicios previsionales y con destino al Fondo de Garantía de la pensión mínima, al hacerse la discriminación por parte del juzgador de los rubros, se omitió hacer la inclusión de estos, lo cual podría generar confusión, siendo necesario adicionar en lo pertinente la condena, para de esa forma garantizar que las cotizaciones que la demandante realizó por más de 21 años en el RAIS, regresen de manera íntegra al RPM.

Ahora, 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.

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 y que implica, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones, adicionar la sentencia objeto de revisión en tal sentido.

Así las cosas, sin necesidad de efectuar algún otro planteamiento y atendiendo lo señalado en las consideraciones de esta providencia, se habrá de modificar parcialmente el ordinal 3° de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, en el sentido de revocar lo relacionado con la devolución del rubro denominado *“sumas adicionales de la aseguradora”* y adicionar la providencia, en el sentido de indicar que la AFP Porvenir S.A. debe trasladar a Colpensiones, además de lo recibido por concepto de cotizaciones, gastos de administración, bonos pensionales si es del caso y rendimientos financieros, también lo correspondiente a los porcentajes que fueron destinados al pago de las primas de los seguros previsionales para las pensiones de invalidez y

sobrevivientes y el Fondo de Garantía de la Pensión mínima, indexación que también se hace extensiva a los valores correspondientes a cuotas o gastos de administración. En lo demás, se confirmará la providencia revisada y como quiera que no salió avante el recurso de apelación formulado por Porvenir S.A., se le habrá de imponer el pago de las costas procesales correspondientes a la segunda instancia.

En razón y mérito de lo expuesto la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal 3º de la parte resolutiva de la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, el 16 de septiembre de 2022, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **CRISTINA ALIDA VIVAS LÓPEZ**, 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 condena allí impuesta a Porvenir S.A., incluye todo lo recibido por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales si es del caso, las cuotas o gastos de administración, los porcentajes destinados al pago de las primas de los seguros previsionales de las pensiones de invalidez y sobrevivientes y los destinados al Fondo de Garantía de la Pensión mínima, estos tres últimos rubros debidamente indexados, con cargo a los recursos propios de la mencionada AFP. Condena que no incluye valores por concepto de *"sumas adicionales de la aseguradora".* En lo demás, se confirma la sentencia recurrida y revisada en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

SEGUNDO: **COSTAS** de segunda instancia a favor de la parte demandante y a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A., a quien se le resuelve de manera totalmente desfavorable el recurso de apelación. De conformidad con lo consagrado en los artículos 365 y 366 del CGP, una vez ejecutoriada la presente providencia se procederá a fijar por parte de esta instancia el valor de las agencias en derecho, para lo cual la Secretaría de la Sala deberá pasar nuevamente el asunto a despacho.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO PONENTE

LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL

Con salvamento parcial de voto

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA SALA, DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CRISTINA ALIDA VIVAS LOÉZ, CONTRA PORVENIR Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2021-00202.

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 provisionales 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