

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir 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, veintitrés (23) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Vencido el término de traslado concedido a las partes para presentar por escrito alegatos de conclusión y dando aplicación a lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, le corresponde a la Sala entrar a resolver el recurso de apelación formulado por la apoderada judicial de la demandada AFP Porvenir S.A. frente a la Sentencia N° 021 de 7 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL**, adelantado por **CESAR GUIOVANI MARTÍNEZ PARDO** 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. **19-001-31-05-001-2021-00305-01**.

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 el memorial de demanda, obrante en el archivo "*02MinutaDemanda.pdf*", cuaderno principal - expediente digital, a partir de la cual se pretende lo siguiente: **i)** se declare la inexistencia y/o ineficacia del acto de vinculación y/o traslado realizado por el demandante del RPM al

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. por estar viciado de error en el consentimiento informado, falta de asesoría y omisión del deber de información; **ii)** se declare que la simple firma en el formulario de afiliación por parte del demandante ante la AFP Porvenir S.A. es insuficiente para dar por demostrado el deber de información que tiene dicho fondo de pensiones al momento del traslado que hizo el actor; **iii)** se declare que la AFP Porvenir S.A. debe 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 en que hubiese incurrido; **iv)** se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores de los aportes y/o valores de la CAI , incluyendo las cotizaciones realizadas a los fondos privados, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado; **v)** se condene a Colpensiones a aceptar el traslado del actor y a recibir los aportes efectuados, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales con los rendimientos que se hubieren causado en la AFP Porvenir S.A. y; **vi)** condenar a las entidades demandadas al pago de las costas del proceso.

1.2. Contestación a la demanda:

1.2.1. La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dio contestación de la demanda a través del memorial obrante en el archivo *"09ContestacionPorvenir.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", "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 labores de tracto sucesivo", "innominada o genérica", "inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones" y "debida asesoría del fondo"*.

1.2.2. La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES- dio respuesta a la demanda, mediante el memorial obrante en el archivo *"17ContestaciónColpensiones.pdf"* del cuaderno principal -

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

expediente digital, señalando no ser ciertos algunos hechos y no constarle otros, oponiéndose a las pretensiones de la demanda y formulando las excepciones de fondo de: *“inexistencia de la obligación – inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación del demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma”, “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 des partes involucradas en un proceso”, “errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C.”, “indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales – vulneración del principio de confianza legítima”, “inoponibilidad por ser tercero de buena fe”, “inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen”, “se otorga un alcance que no corresponde al contenido de los Decretos 663 de 1993 y 692 de 1994, en cuanto a la voluntad vertida en el formulario de afiliación”, “responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social”, “sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación”, “improcedencia de la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante ya tiene una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensiones” 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 7 de marzo de 2023 procedió a dictar sentencia en la cual resolvió: **(i)** declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a la AFP Porvenir S.A., suscrito el 10 de diciembre de 1998. 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 demandante, como cotizaciones y bonos pensionales (si los hubiere y estuvieren bajo la administración de la AFP), 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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; 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 la AFP Porvenir 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 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 demandante 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 al 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 actor 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.

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.:

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Como fundamento de la alzada, la apoderada de la AFP Porvenir S.A. señaló encontrarse inconforme con relación a las órdenes de devolver los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, indexación y costas procesales. Al respecto, indicó que la devolución de los gastos de administración transgrede las reglas existentes en materia de restituciones mutuas y el principio que proscribe el enriquecimiento sin justa causa, en tanto dicho régimen tiene como objetivo principal que los traslados patrimoniales que queden sin justificación por efectos de la declaratoria de ineficacia del acto jurídico, sean devueltos a las partes colocándolos en las mismas circunstancias que se encontrarían si aquel no hubiere tenido ocurrencia (artículos 1476 del Código Civil).

Refiere que la administración de los recursos del afiliado obedece a lo consagrado en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994, en el que se dispone como obligación de las administradoras la de invertir los recursos del sistema, garantizar una rentabilidad mínima y prestar la asesoría que corresponda a cambio de obtener como contraprestación una comisión por administración, por lo que, resulta alejado a la realidad, que dicho cobro genere un deterioro al patrimonio del afiliado.

Manifiesta que también resulta cuestionable la orden de restituir valores correspondientes a primas de seguros previsionales, en tanto el contrato de seguro es de tracto sucesivo, en el que agotado el término de su cobertura el asegurado devenga la totalidad de la prima otorgada; seguro que es tomado para dar aplicación al mandato previsto en el artículo 1070 del Código de Comercio y lo señalado en el artículo 108 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo preciso que si los efectos de la declaratoria de ineficacia corresponden a tener como si el traslado nunca se hubiera hecho efectivo, que los rendimientos a devolver no correspondan a los rendimientos del RAIS sino a los rendimientos RIPS que serían los rendimientos que se habrían obtenido en el RPM, porque con ello se estaría beneficiando a Colpensiones, siendo también improcedente la indexación, en tanto la misma generaría una doble condena para la administradora por el mismo concepto y el pago de las costas procesales, ya que se está desconociendo

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

que Porvenir S.A. presentó fórmula conciliatoria en el proceso en cuanto a aceptar la declaratoria de ineficacia y que se dispongan los traslados en la forma indicada por la Superintendencia, quedando así acreditada la buena fe de la entidad.

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 la oportunidad concedida sólo Colpensiones presentó por escrito alegatos de conclusión, así:

4.1. 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.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 formulados 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?

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?. Así mismo, ¿resultaba procedente la devolución indexada de los referidos conceptos?

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

1.3. ¿Fue acertado imponer condena en costas a cargo de la AFP Porvenir S.A.?

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 traslado de régimen pensional, como quiera que por parte de la AFP demandada no se acreditó que de manera previa a tal acto, le haya suministrado al demandante 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., 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, lo destinado al pago de las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y el fondo de garantía de pensión mínima, éstos últimos tres rubros debidamente indexados. Declaratoria de ineficacia respecto a la que no resulta aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción y fue acertado imponer condena en costas a cargo de la AFP recurrente, como quiera que, a pesar de haber formulado propuesta conciliatoria, asumió una conducta procesal de resistencia a las pretensiones de la demanda, las cuales salieron avantes y dieron lugar a tener como no probadas las excepciones formuladas y por ende a ser vencida en juicio.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

servidor público a su empleador, y que de obviarse acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

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

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

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.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

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

Sobre el deber de las administradoras de fondos de pensiones, de suministrar información completa y verás sobre los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones a sus posibles afiliados, en torno a su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, se tiene que el mismo constituye una obligación que se ha venido imponiendo y desarrollado a través de diferentes dispositivos, entre los que se encuentran, entre otros, el Estatuto Orgánico y Financiero (literal f) artículo 72 y numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993), la Ley 100 de 1993, el Decreto 720 de 1994 (artículo 12), la Ley 795 de 2003, el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009, por medio del cual se modificó el literal c) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993¹, la Ley 1741 de 2014, por medio de la cual se adicionó con un párrafo el artículo 9° de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2071 de 2015.

Así las cosas, es claro que el deber de brindar la debida información a los posibles afiliados, no constituye una obligación para las AFP que resulte

¹ El citado artículo indica que las administradoras del RAIS tendrán la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas, y éstos, el deber de manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entienden las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan al fondo.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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:

“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.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

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

² Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, sentencia de 09 de junio de 2016, proceso radicado 76001-3105-012-2014-00744-01. M. P. Leomara del Carmen Gallo Mendoza.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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, descendiendo al caso sometido a estudio, de los medios de prueba aportados y practicados dentro de la actuación judicial (**archivos 01 y 08** del cuaderno primera instancia - expediente digital), entre los cuales se encuentran: historia laboral expedida por Colpensiones, Formato N° 1 – Certificado de Información Laboral, historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir S.A., solicitud de vinculación a Horizonte Pensiones y Cesantías y certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP, se tiene que el demandante en los periodos comprendidos entre 22 de octubre de 1986 a 12 de diciembre de 1986 y de 1° de septiembre de 1997 a 31 de diciembre del mismo año, efectuó cotizaciones con fines pensionales al entonces ISS, hoy Colpensiones, e igualmente, en el periodo comprendido entre el 1° de enero de 1988 al 8 de agosto de 1997, estuvo vinculado a la Policía Nacional. Así mismo, se advierte que a raíz de la suscripción de formulario de vinculación a Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy AFP Porvenir S.A., se trasladó al RAIS, haciéndose efectivo dicho acto a partir del 1° de febrero de 1999.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

consecuencias; afirmación que la Sala encuentra no fue desvirtuada por Porvenir S.A.; AFP con la que se materializó el traslado del régimen pensional.

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

Como lo ha venido enseñando la jurisprudencia especializada, el suministro de información no solo hace referencia a la ilustración sobre las características, condiciones y forma de vinculación al régimen, sino también a conocer de los efectos y riesgos de 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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.

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 del traslado, pues es precisamente cuando ya se encuentra ad portas de causar el derecho pensional, que puede advertir que las promesas que la llevaron a aceptar el 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.

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 aceptar que el incumplimiento de las obligaciones, es constitutivo de derechos, nada más contrario al principio constitucional de buena fe, cuyo

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 la AFP demandada, por el hecho de que en la demanda se partió de una negación indefinida que en virtud de lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, eximía de prueba a la parte actora y la trasladaba a la contraparte, en este caso, a la administradora de fondos de pensiones, que para desvirtuarla, debía acreditar la ocurrencia del hecho contrario, esto es, que por parte de esa entidad si se brindó la asesoría debida y como no lo hizo, generó 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, que estaban vigentes para los años 1998 y 1999, en los que se efectuó e hizo efectivo el traslado, así como en aplicación a las sub reglas fijadas por la jurisprudencia especializada en torno a la ineficacia del acto de traslado

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 el traslado al RAIS y en la que actualmente se encuentra afiliada, afrontar la devolución de los dineros que recibió por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, en caso de haberse recibido, rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, no solo porque fue la entidad que recibió las cotizaciones, sino también porque es importante recordar que al tenor de lo contemplado en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, que fueron compilados en los artículos 2.2.7.4.1³. y 2.2.7.4.3⁴ del DUR 1833 de 2016, los promotores que lleguen a ser utilizados por las 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.

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

³ **ARTÍCULO 2.2.7.4.1. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES.** Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelanta sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.

Los costos que generen los convenios que celebren las sociedades administradoras del sistema general de pensiones con los promotores no podrán trasladarse, directa o indirectamente, a los afiliados.

⁴ **ARTÍCULO 2.2.7.4.3. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES.** Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

Así las cosas, son las anteriores razones las que conducen a confirmar en cuanto a la declaratoria de ineficacia del traslado del 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**, así como la **indexación** de dichos conceptos, la respuesta es afirmativa.

De los gastos u cuotas de administración.

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada⁵, la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, que no es otra cosa, que desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

Igualmente, se ha dicho que la declaratoria de ineficacia trae aparejada, en lo posible, la obligación de efectuar entre los contratantes, las respectivas restituciones mutuas, tal y como lo prevé el artículo 1746 del Código Civil, para el caso de 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

⁵ CSJ SL-1688 de 2019.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal corresponde al mismo porcentaje en los dos regímenes pensionales, pues así se deriva del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 y artículo 1° del Decreto 4982 de 2007⁶.

Si bien no se desconoce que tanto en el RPM como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se trata de rubros que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de 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 afiliados⁷.

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

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

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

⁷ Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Así las cosas, siguiendo la línea jurisprudencial imperante, la Sala estima que fue acertado ordenar a la AFP recurrente, 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 o remitida al RPM.

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

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

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

Teniendo en cuenta que, en virtud de lo consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 100 de 1993, las AFP están habilitadas para descontar mes a mes de la cotización obligatoria, un 3% para financiar con el mismo los gastos de administración y las primas de los seguros de invalidez y

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 éste 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 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 demandante en este proceso para que se pudiera proferir una decisión en concreto si llegare a ser procedente, por lo que también, por falta de prueba es imposible que prospere la inconformidad respecto a la no devolución de las primas del seguro previsional, que como ya se dijo, se entienden incluidas en la devolución de la cotización completa al RPM.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

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

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

• Del tercer problema jurídico:

Frente a tercer interrogante, encaminado a determinar si fue acertado imponer en primera instancia condena en costas a cargo de la AFP Porvenir S.A., la respuesta de la Sala habrá de ser afirmativa, por las razones que pasan a exponerse a continuación:

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

De acuerdo con el contenido del numeral 1° del artículo 365 del CGP, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Así mismo, el artículo 8° del referido artículo, también contempla que sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el presente caso, dada la decisión adoptada en primera instancia, no hay duda de que la AFP Porvenir S.A. fue vencida en juicio, como quiera que salieron airosas todas las pretensiones de la demanda, advirtiéndose igualmente que, en el desarrollo del proceso, a excepción de su manifestación de conciliar en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de a SS, los actos desplegados por su apoderada judicial lo fueron asumiendo una conducta de total resistencia a las pretensiones de la demanda, de lo cual da cuenta no solo las excepciones de fondo formuladas en el escrito de contestación de la demanda, sino también de las intervenciones efectuadas en alegatos de conclusión, en los que se insistió en que se negaran las pretensiones y al formular el recurso de apelación, luego entonces, no es dable pretender bajo el amparo del principio de buena fe, ser exonerado de la sanción que el legislador ha previsto para aquella parte que termina siendo vencida en el juicio y cuando en el proceso se han configurado las situaciones que dan lugar a su causación. En consecuencia, sobre este aspecto también se confirmará la decisión de primera instancia.

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

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia N° 021 de 7 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL**, adelantado por **CESAR GUIOVANI MARTÍNEZ PARDO** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

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 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2021-00305-01
Demandante: Cesar Guiovani Martínez Pardo
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.



Firma válida
providencia judicial

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA SALA, DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CESAR GUIOVANI MARTINEZ PARDO, CONTRA PORVENIR, COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2021-00305.

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

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

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

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

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



LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL