

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos 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, veinticuatro (24) 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 la demandada AFP Porvenir S.A. frente a la Sentencia N° 066 de 15 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL**, adelantado por **LUZ MARY VELASCO CHAGUENDO** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** 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. **19-001-31-05-001-2020-00003-01**.

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 *"004Demanda.pdf"*, cuaderno principal -

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

1.2. Contestación a la demanda:

1.2.1. La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES- dio respuesta a la demanda, mediante el memorial obrante en el archivo "*012ContestaciónColpensiones.pdf*" del cuaderno principal - expediente digital, señalando no ser ciertos y no constarle la mayor parte de los hechos, oponiéndose a las pretensiones de la demanda y formulando las excepciones de fondo de: "*inexistencia de la obligación – improcedencia de declarar ineficacia del traslado de regímenes pensionales*", "*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*", "*cobro de lo no debido*" y "*prescripción*",

1.2.2. La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dio contestación de la demanda a través del memorial obrante en el archivo "*013ContestacionPorvenirS.A.pdf*" del cuaderno principal – expediente digital, aceptando algunos hechos y negando otros; se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de fondo de: "*prescripción*", "*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*".

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

1.2.3. Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías dio respuesta a la demanda, mediante el memorial obrante en el archivo “025ContestaciónColfondos.pdf” del cuaderno principal - expediente digital, señalando no constarle la mayor parte de los hechos, oponiéndose a las pretensiones de la demanda y formulando las excepciones de fondo de: *“validez de afiliación a Colfondos S.A.”*, *“buena fe”*, *“inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa”*, *“inexistencia de la obligación de trasladar los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones al haber sido trasladados a Porvenir S.A.”*, *“inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe”*, *“inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho”*, *“prescripción”*, *“inexistencia de engaño y de expectativa legítima”*, *“nadie puede ir en contra de sus propios actos”*, *“compensación”* e *“innominada o genérica”*.

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 15 de septiembre de 2022 procedió a dictar sentencia en la cual resolvió: **(i)** declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a la AFP Porvenir S.A., efectuada el 1° de abril de 1995. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales que la afiliada demandante nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM; **(ii)** condenar a la AFP Porvenir S.A., como fondo en el cual se encuentra afiliada la demandante a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, 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 al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, las sumas adicionales de la aseguradora únicamente si se hubieren causado y el porcentaje correspondiente a los gastos de administración; todos estos valores debidamente indexados. Valores que deben ser recibidos por Colpensiones

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 de la demandante en el sistema correspondiente, entregar el archivo y detalle de los aportes junto con la historia laboral debidamente actualizada; **(iv)** Condenar a Colfondos a devolver a Colpensiones el porcentaje por los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora permaneció como su afiliada en el RAIS. Señalando además que, al momento de cumplirse la orden, los conceptos se discriminen con sus respectivos valores y detallando pormenorizadamente los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; **(v)** ordenar a Colpensiones a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante en el RPM y a recibir la devolución de los dineros ordenados en ese proveído; **(vi)** 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. y Colfondos 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.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

A partir de lo anterior, concluyó que la AFP Porvenir S.A., incumplió su deber de información, de suerte que le permitiera a la 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 a la ahora demandante información clara y precisa sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, incumpliendo con el deber que le asistía, decidió declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, ordenando a Porvenir S.A. como actual administradora en la que la accionante se encuentra vinculada, 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. De igual forma consideró procedente disponer que Colfondos S.A. también asumiera debidamente indexados, por valores que por concepto de gastos de administración, primas de los seguros previsionales y para el fondo de garantía de la pensión mínima, descontó de las cotizaciones realizada a nombre de la demandante, durante el tiempo en que ésta tuvo la calidad de afiliada a esa AFP.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

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

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

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

Así mismo, 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.

Afirmó 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

pensión de vejez, y por ello los cobros se hallan amparados por el principio de la buena fe y de confianza legítima. Por lo tanto, solicitó la revocatoria de la decisión frente a la devolución de gastos de administración y primas de seguros previsionales, habida cuenta que Porvenir S.A. ha actuado de buena fe e incluso, en el proceso, presentó fórmula conciliatoria. Aspectos que también señala deben ser tenidos en cuenta para la no imposición de condena en costas.

4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

En firme el auto que admitió la apelación, se dio traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días a cada una, conforme lo dispuesto el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022.

En este punto es importante resaltar que los alegatos no constituyen una oportunidad adicional para cambiar o adicionar los fundamentos del recurso de apelación y a ellos se contraerá la Sala al resolver la alzada. Dentro de las oportunidades concedidas solamente Colpensiones presentó por escrito alegatos de conclusión, en tanto los alegatos de la AFP Porvenir S.A. resultaron extemporáneamente presentados.

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 a la 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.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

pago de las primas correspondientes a los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes?

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 a la 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. Declaratoria de ineficacia respecto a la que no resulta aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción.

5.3.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

• Del primer problema jurídico:

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 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

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: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 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

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: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 003 y 013** del cuaderno primera instancia - expediente digital), entre los cuales se encuentran: historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir S.A., certificado de vinculación a la AFP Porvenir S.A., historia laboral expedida por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP, se tiene que la demandante estuvo afiliada al entonces Instituto de Seguros Sociales en el periodo comprendido entre el 20 de octubre de 1987 y el 28 de febrero de 1995, efectuando cotizaciones de manera interrumpida, para posteriormente continuar con dichas cotizaciones a través del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, inicialmente con la AFP Horizonte S.A., entre el 1° de abril de 1995 y el 30 de abril de 1997, después con Colfondos S.A., de 1° de mayo de 1997 a 31 de enero de 2005 y finalmente a través de la AFP Porvenir S.A. desde el 1° de febrero de 2005; administradora en la que ha permanecido hasta el momento.

En la demanda se afirma que la demandante fue trasladada y/o afiliada al régimen pensional sin que le fuese suministrada información completa, clara, oportuna y comprensible sobre esa decisión y sus consecuencias; afirmación que la Sala encuentra no fue desvirtuada por Porvenir S.A., que en la que no solo se encuentra actualmente afiliada, sino que mediante cesión por fusión, pasó a reemplazar a la entonces AFP Horizonte S.A., con quien se materializó el traslado del régimen pensional.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 de la demandante de realizar el acto de vinculación y/o traslado de régimen pensional, no es suficiente para constatar que se trató de una manifestación debidamente informada, en la forma y términos que precisa el criterio jurisprudencial que actualmente impera.

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

Como lo ha venido enseñando la jurisprudencia especializada, el suministro de información no solo hace referencia a la ilustración sobre las características, condiciones y forma de vinculación al régimen, sino también a conocer de los efectos y riesgos de ese traslado frente al derecho pensional, y así deviene de las obligaciones impuestas a las entidades vigiladas, entre las que se encuentran las administradoras de fondos de pensiones, desde el mismo Estatuto Orgánico Financiero -Decreto 663 de 1993-, cuando en el numeral 1° del artículo 97 original, les señaló como un deber, el de suministrar a los usuarios de los servicios que presten, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos, **escoger las mejores opciones del mercado,**

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 de la 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 objetivo principal es que tanto autoridades como particulares en todos sus actos, actúen con la mayor transparencia y rectitud.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 de la 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 a la afiliada información suficiente, clara y concisa, que llevara aparejado como un hecho indiscutido, que la decisión emitida fue libre y voluntaria, o como mínimo, que el personal asignado para brindarle asesoría para efectos de la vinculación al sistema pensional y selección de régimen, tenía los conocimientos necesarios para efectuar tal labor.

Carga de la prueba que en el presente asunto estaba a cargo de las AFP demandadas, por el hecho de que en la demanda se partió de una negación indefinida que en virtud de lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, eximía de prueba a la parte actora y la trasladaba a la contraparte, en este caso, a las administradora de fondos de pensiones, que para desvirtuarla, debían acreditar la ocurrencia del hecho contrario, esto es, que por parte de esas entidades si se brindó la asesoría debida y como no lo hicieron, generaron que la decisión resultara adversa a sus intereses.

Declaratoria de ineficacia que en todo caso se debe resaltar, se considera que no es lesiva del principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, en tanto las sumas que deben ser reintegradas al RPM, serán utilizadas para el reconocimiento del derecho pensional que llegue a causar en su momento la 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 el año 1995, fecha en que se dio el traslado, así como en aplicación a las sub reglas fijadas por la jurisprudencia especializada en torno a la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por deficiencia o indebida asesoría, que resultan también aplicables a los casos de vinculación por primera vez, que esta Sala considera como acertada la decisión de declarar la ineficacia antes aludida,

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

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: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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**, 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 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,

⁵ CSJ SL-1688 de 2019.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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)”.

Así las cosas, siguiendo la línea jurisprudencial imperante, la Sala estima que fue acertado ordenar a la AFP recurrente, la devolución del

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: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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.

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

Teniendo en cuenta que, en virtud de lo consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 100 de 1993, las AFP están habilitadas para descontar mes a mes de la cotización obligatoria, un 3% para financiar con el mismo los gastos de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, la Sala estima que la devolución de lo destinado al pago de las referidas primas también resultaba procedente, para de esa manera garantizar que la cotización obligatoria que en su momento dejó de recibir el RPM con ocasión de la vinculación inicial y/o traslado, regrese a este de manera íntegra, en tanto reservarle a Porvenir valores que hacen parte de la cotización, implica restarle efectos a la ineficacia del traslado como figura 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiere existido el acto o contrato, máxime, cuando en este proceso tampoco se ha demostrado que se contrató el seguro previsional ni el valor de la póliza que es colectiva y de participación, conforme al artículo 108 de la Ley 100 de 1993 y menos, cuál es el valor que de la respectiva prima de seguros le corresponde a la 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.

Así las cosas, al ser resuelto de manera desfavorable el recurso de apelación formulado por la AFP Porvenir S.A. se impondrá a su cargo de esta entidad el pago de las costas correspondientes a la segunda instancia, tal y como deviene de lo consagrado en el numeral 2° del artículo 365 del C.G.P., conforme al cual, será condenada en costas, la parte a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

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: CONFIRMAR la Sentencia N° 066 de 15 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL**, adelantado por **LUZ MARY VELASCO CHAGUENDO** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00003-01
Demandante: Luz Mary Velasco Chaguendo
Demandado: AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

*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 LUZ MARY VELASCO CHAGUENDO, CONTRA PORVENIR, COLFONDOS Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2020-00003.

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