

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA.

Popayán, veinte (20) de febrero 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 parte demandada AFP Porvenir S.A., frente a la Sentencia N° 036 de 2 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL**, adelantado por **TANIA ELVIRA MUÑOZ BARRERA** contra las **SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, al igual que el grado jurisdiccional de consulta que sobre la referida providencia debe agotarse en favor de esta última entidad. Asunto radicado bajo la partida No. **19-001-31-05-001-2020-00181-01**.

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 *"002DemandaLaboral.pdf"*, cuaderno principal - expediente digital, a partir de la cual la parte demandante pretende lo siguiente: **i)** se declare la ineficacia de su afiliación a la AFP Porvenir SA y el consecuente traslado de régimen pensional, ante la falta de información

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

clara, veras y completa, ventajas y desventajas de la afiliación o en su defecto, se declare la nulidad de la afiliación; **ii)** condenar a la AFP Porvenir S.A. a asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubiese incurrido; **iii)** ordenar a Porvenir SA trasladar a Colpensiones, los valores existentes en la cuenta de ahorro individual, incluyendo los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y sus respectivos frutos e intereses; **iv)** ordenar a Colpensiones a recibir a la demandante en el RPM; y, **vii)** condenar a la AFP Porvenir 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 *“009Contestacion.pdf”*, del cuaderno principal - expediente digital, aceptando parcialmente algunos de los hechos, negando otros y oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En su defensa formuló 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”, “carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica”, “errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C.”, “cobro de lo no debido – 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”, “indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales-vulneración del principio de la confianza legítima”, “inoponibilidad de la responsabilidad de la afp ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen” 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 *“21ContestacionPorvenir.pdf”*, del cuaderno principal – expediente digital, aceptando algunos hechos y negando otros; se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de fondo de: *“prescripción”, “prohibición legal de aplicar retroactivamente la ley”, “cumplimiento del deber de información aplicable al momento de la vinculación”, “principio de confianza legítima, “falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones*

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

demandadas”, “buena fe”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación”, “prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo”, “innominada o genérica”, “inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones” y “debida asesoría del fondo”.

A través de Auto Interlocutorio N° 36 de 26 de enero de 2022, se dispuso ordenar la vinculación de la AFP Protección SA, al proceso. Sin embargo, con providencia de sustanciación N° 222 de 28 de marzo de 2022, el juzgado de conocimiento decidió dar por no contestada la demanda.

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 2 de junio de 2022 procedió a dictar sentencia en la cual resolvió: **(i)** declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a la AFP Protección S.A., efectuada en el año 1996 y frente a la AFP Porvenir S.A, el 1° de marzo de 2006. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales que la afiliada 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 de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales (si los hubiere), con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, las sumas adicionales de la aseguradora y el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, éstos últimos, debidamente indexados. Valores que deben ser recibidos por Colpensiones. **(iii)** ordenar a la AFP Porvenir S.A., a normalizar la afiliación de la demandante en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalle de los aportes, al igual que la historia laboral debidamente actualizada; **(iv)** negar la prosperidad de todas las excepciones de mérito propuestas por Colpensiones y Porvenir S.A. y, **(v)** Condenar en costas a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 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 Protección 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 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

administradora en la que la demandante 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, sumas adicionales de la aseguradora, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, éstos últimos, debidamente indexados, 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.:

Como fundamento de la alzada, la apoderada de la AFP Porvenir S.A., manifestó que en la sentencia de primer grado se exigió a la referida AFP, el cumplimiento de un deber de asesoría que no se encontraba vigente para la fecha en la que la demandante efectuó su vinculación al RAIS, esto es, para el 30 de enero de 2006, con efectividad a partir del 1° de marzo del mismo año, dando una inadecuada aplicación de la ley en el tiempo. Refirió que la providencia recurrida presenta varias inconsistencias, en tanto equipara el contenido del deber de información con el del deber de consejo, cuando lo cierto es que este último únicamente resulta exigible en los casos en los que la ley lo establece o las partes lo han acordado expresamente. Preciso como diferencias entre el deber de información y el deber de consejo, que el primero se agota colocando en conocimiento de la parte interesada, los datos y circunstancias necesarias para que adopte una decisión libre y voluntaria, mientras que el segundo busca orientar a quien recibe el asesoramiento, sobre la conveniencia o no del negocio jurídico,

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

explicándole los diferentes riesgos, las alternativas y beneficios que reporta la decisión, no siendo entonces válido que se imponga a la AFP deberes que no estaban vigentes para el momento en que se generó el traslado, vulnerando así el principio de confianza legítima y el derecho al debido proceso.

Manifestó que resolver el presente asunto con normas que fueron emitidas con posterioridad al Decreto 693 de 1993, desborda los límites del deber de información, conforme a los cuales, si bien es cierto que existe en cabeza del profesional la obligación de informar a su cliente la existencia de esa información, sobre el cliente también recae el deber de informarse por su cuenta, en la medida de sus capacidades, es decir, está obligado a tomar medidas de cuidado.

Consideró que fue una decisión inequitativa haber trasladado la carga de la prueba a la AFP, queriendo hacer creer que toda la responsabilidad recaía en el fondo, cuando la demandante no hizo al menos un esfuerzo para informarse, esperando por el contrario hasta el final para determinar la opción que mejor la beneficiaba, colocando de esa forma en riesgo la estabilidad financiera del sistema. Resaltó lo importante de tener en cuenta en asuntos como el presente la teoría de los actos de relacionamiento, en tanto la demandante gozó de tres oportunidades de ingresar al RPM, pero decidió continuar en el RAIS desde el año 2006 hasta la fecha, efectuando en ese tiempo acciones o comportamientos que dan a entender que deseo de permanecer en el RAIS.

Por otro lado, refirió que no resultaba procedente la devolución de los gastos de administración y primas de los seguros previsionales, en tanto los mismos fueron utilizados en la operación normal de la administradora a fin de que los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante obtuvieran rendimientos, y lo destinado a las primas de los seguros previsionales, entregado a las aseguradoras del mercado para el cubrimiento de un riesgo asegurado (pensión de invalidez y sobrevivencia), sin que pueda predicarse que las mismas se encuentran en poder de la AFP y máxime, cuando lo descontado por tal concepto encuentra pleno respaldo en el contenido del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, resultando aplicable

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

en los dos regímenes. En relación con las sumas adicionales, adujo que las mismas aún no se han causado, ante la no configuración de los riesgos asegurados y que la decisión también va en contravía del principio de las restituciones mutuas. En consecuencia, solicitó la revocatoria de la decisión de primer grado en cuanto la devolución de lo descontado por concepto de gastos de administración, prima de los seguros previsionales y sumas adicionales de la aseguradora.

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, solo la parte demandante y la demandada Colpensiones presentaron por escrito alegatos de conclusión, así:

4.1. La **parte demandante**, a través de su apoderado judicial presentó alegatos de conclusión, solicitando la confirmación de la decisión de primer grado, en tanto quedó acreditado que el fondo de pensiones incumplió con la obligación legal de brindar a la demandante información clara, veraz y suficiente respecto de las consecuencias que se generarían con el cambio de régimen pensional, sin que tampoco se la hubiese brindado información sobre el derecho de retracto, incumpliendo así el fondo con los deberes de diligencia y cuidado propios de la asesoría profesional que emana del reglamento de seguridad social, tornándose así el acto ineficaz, el cual no admite convalidación.

4.2. A su turno, la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** en sus alegatos, manifestó remitirse a los argumentos expuestos al contestar la demanda y sustentar la alzada. Así mismo señaló

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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. En consecuencia, señaló que en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, no es procedente la declaratoria de ineficacia de traslado, máxime, cuando tampoco se cumplen los requisitos previstos en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al RPM en cualquier tiempo.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

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

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS: En virtud del grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación formulado por la 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 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 SA que también trasladara a Colpensiones lo que en su momento descontó por concepto de gastos y/o comisiones por administración, primas de los seguros previsionales y sumas adicionales de la aseguradora?

5.3. TESIS DE LA SALA: La tesis de la Sala, por una parte, se orienta a **confirmar** la sentencia de primera instancia, en cuanto a la declaratoria de ineficacia de la afiliación al régimen pensional solicitado en la demanda, como quiera que por parte de la AFP demandada no se acreditó que de manera previa al acto de traslado, le suministró a la parte actora información completa y suficiente sobre los beneficios y las consecuencias que la referida selección podía generar frente su derecho pensional; siendo igualmente acertada la orden impartida a Porvenir SA, en cuanto a trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales (si los hubiere), con todos sus frutos e intereses, las primas de los seguros previsionales para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima y gastos de administración debidamente indexados. Declaratoria de ineficacia respecto de la que no resulta aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción, ni tampoco podía ocasionar, dadas las particularidades del caso, la devolución de sumas de dinero por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, lo que genera que deba **revocarse** la condena impuesta por este último concepto.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

5.3.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

● Del primer problema jurídico:

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

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

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

tanto así que es el mismo legislador el que de manera expresa ha señalado cuales son los requisitos necesarios para la existencia del negocio jurídico.

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

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

Por lo tanto, si el querer de la ley es que la validez de la afiliación se supedite al correcto diligenciamiento del formulario de inscripción, que incluye la firma del afiliado, así como también a que la selección del régimen se haya efectuado de manera libre y voluntaria, previo suministro de la información completa y necesaria sobre los beneficios y desventajas del 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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

Sobre el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, tratándose del traslado a un régimen pensional a otro, pueden ser objeto de revisión y son fundamento de esta decisión, entre otras, las sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, reiteradas en sentencia de 22 de noviembre de 2011 (radicado 33083), sentencia SL12136 de 3 de septiembre de 2014, SL19447-2017, SL 16889-2019, SL 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 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:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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

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

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

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

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

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

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

8. Como reglas básicas para estimar si el traslado cumplió los requisitos de transparencia están: el conocimiento de los beneficios que dispense cada régimen, la proyección del monto de la pensión que se percibiría en cada

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

*caso de uno de ellos, la diferencia en el pago de aportes que se realizan en cada régimen, y las implicaciones y conveniencias de la decisión”.*²

Para esta Sala, las reglas previstas por la SL de la CSJ para los casos de traslado de régimen pensional, resultan también aplicables para los casos de afiliación o selección del régimen pensional por primera vez, como quiera que del contenido de los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, se advierte que los mismos tratan del ejercicio de la elección tanto al momento de la vinculación como del traslado, de donde es dable concluir, que las situaciones relativas al cumplimiento del deber de información, no solo es predicable de las situaciones de traslado, sino también de selección inicial de régimen pensional.

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

Ahora bien, descendiendo al caso sometido a estudio, de los medios de prueba aportados y practicados dentro de la actuación judicial (expediente digital – cuaderno principal), entre los cuales se encuentran: solicitud de vinculación o traslado a la AFP Porvenir S.A. (fl. 4 archivo “001Anexos.pdf”); reporte de semanas cotizadas al ISS (fls. 27 a 29 archivo “010.ExpedienteAdministrativo.pdf”); certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP (fl. 5 archivo “022.AnexosContestaciónPorvenir.pdf”); copia de historia laboral consolidada

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:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

expedida por la AFP Porvenir S.A. archivo "022.AnexosContestaciónPorvenir.pdf"), se tiene que la demandante estuvo afiliada y efectuando aportes al entonces Instituto de seguros sociales en los siguientes periodos: del 9 de febrero de 1987 al 31 de mayo de 1996 y del 1° de diciembre de 1999 al 31 de diciembre de 2000. De igual forma, las referidas documentales permiten advertir que se afilió al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, vinculándose inicialmente a la AFP Protección S.A., en la que efectuó cotizaciones entre el mes de julio de 1996 y el mes de octubre del mismo año y del mes de mayo de 1997 al mes de diciembre del año 2000; posteriormente se trasladó a la AFP Porvenir S.A., empezando a cotizar desde el mes de enero de 2006 hasta la actualidad.

En la demanda se afirma que la demandante fue afiliada al régimen pensional sin que le fuese suministrada información completa, clara, oportuna y comprensible sobre esa decisión y sus consecuencias. Si bien es cierto en las pretensiones se solicita que se declare la ineficacia o en su defecto la nulidad de la afiliación de la demandante a la AFP Porvenir S.A., lo cierto es que, de los hechos en que aquellas se sustentaron, se advierte que lo realmente pretendido es que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional y así lo entendió la juzgadora de primer grado, quien procedió a fijar el litigio de esa manera, sin que se advierta reparo alguno por las partes, por lo que es claro que el presente asunto debe definirse teniendo en cuenta tal aspecto.

Ahora bien, partiendo de la anterior aclaración se tiene que en el presente asunto ninguna de las AFP demandadas acreditó el cumplimiento del deber de información y asesoría previa, que era necesario tanto al momento en que se verificó el traslado de régimen pensional por medio de la AFP Protección S.A. como al momento de trasladarse de administradora del RAIS, que sucedió cuando la demandante decidió vincularse a la AFP Porvenir S.A. Deberes que la Sala entiende, en virtud del precedente judicial que actualmente impera, no puede tenerse por satisfecho con la sola suscripción de los formularios de vinculación inicial y/o traslados, en tanto dichos formatos no permiten constatar en qué forma y términos fue que se materializó el suministro de la información.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

Es decir, por parte de las AFP se obvió aportar los medios de prueba que permitieran establecer en qué términos o forma fue que le brindaron la información y asesoría debida 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 esa vinculación y/o traslado frente al derecho pensional, y así deviene de las obligaciones impuestas a las entidades vigiladas, entre las que se encuentran las administradoras de fondos de pensiones, desde el mismo Estatuto Orgánico Financiero – Decreto 663 de 1993- , cuando en el numeral 1° del artículo 97 original, les señaló como un deber, el suministrar a los usuarios de los servicios que presten, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos, **escoger las mejores opciones del mercado**, de ahí que no sea dable afirmar, en casos como el presente, que por parte de los jueces se está sancionando el incumplimiento del deber de asesoramiento, con normas que no existían para la fecha en que se llevaron a cabo las vinculaciones iniciales o los traslados de régimen pensional, incurriendo en una indebida aplicación retroactiva de la ley, pues por el contrario, lo que se evidencia a partir de la norma traída a colación, es que desde aquella época, el deber de información implicaba el de brindar asesoramiento al afiliado, para de esa forma poder concluir que el ejercicio del derecho de elección, para vinculación inicial o traslado, estuvo precedido

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

de un conocimiento claro, completo y preciso, sobre las implicaciones de la decisión.

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

Es por lo tanto, la inexactitud de la información suministrada y/o la omisión sobre la forma como el nuevo régimen se pudo materializar en el caso específico 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, que llevara aparejado como un hecho indiscutido, que la decisión emitida fue libre y voluntaria, o como mínimo, que el personal asignado para brindar asesoría para efectos de la vinculación de la demandante, tenía los conocimientos necesarios para efectuar tal labor.

Carga de la prueba que en el presente asunto estaba a cargo de las AFP demandadas, por el hecho de que en la demanda se partió de una negación indefinida que en virtud de lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, eximía de prueba a la parte actora y la trasladaba a la contraparte, en este caso, a las administradoras de los 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.

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

amplía y oportuna, que estaban vigentes para el año 1996, fecha en que se dio la vinculación al RAIS, 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 del acto de traslado al RAIS, que en su momento efectuó la demandante, imponiéndole a la AFP Porvenir S.A., al ser la administradora en la que actualmente ella 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, debidamente indexados, 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.

Así mismo, la Sala considera que fue acertada la decisión de ordenar como consecuencia de la ineficacia declarada, que Porvenir traslade a Colpensiones, todo aquello que hubiere recibido a nombre de la demandante por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros que se hubieren causado, las primas de los seguros

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:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima y a los gastos de administración debidamente indexados, en tanto está probado que con antelación a la vinculación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ésta estuvo vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del extinto Instituto de Seguros Sociales, que para esa época era el administrador del mencionado régimen.

Así mismo, como un argumento adicional para confirmar la decisión de primer grado, ha de decirse, en aplicación de la línea jurisprudencial que actualmente impera, que los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables *—bien sean los de las leyes laborales y/o civiles*, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter declarativa, cuyo propósito es la recuperación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez 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 de la 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 AFP Porvenir S.A. que además de los valores que percibió por concepto de “cotizaciones”, devolviera también las sumas que en su momento descontó a título de ***gastos de administración y para el 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

⁵ CSJ SL-1688 de 2019.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 este, los valores que el citado régimen debió recibir, de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal corresponde al mismo porcentaje en los dos regímenes pensionales, pues así se deriva del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 y artículo 1° del Decreto 4982 de 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.

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:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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

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

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

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

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

por eso es que la Corte Suprema de Justicia a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

Y es que igualmente no se considera procedente que, para resolver la relación jurídica entre el afiliado y las administradoras vía ineficacia del traslado, se pueda echar mano a la validez de un contrato de seguro con un tercero, que es una relación jurídica ajena al proceso, de la cuál si surgiere algún derecho u obligación, debería resolverse en proceso aparte entre las partes interesadas.

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

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, 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.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

● **Del tercer problema jurídico planteado:**

Frente a este interrogante, relativo a determinar si fue acertado no disponer que la AFP traslade a Colpensiones valores por concepto de **“sumas adicionales de la aseguradora”**, la respuesta habrá de ser afirmativa.

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

Luego entonces, como en el presente caso no se trata de determinar sobre la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, sino simplemente determinar los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, queda evidenciado que no era dable incluir dentro de los conceptos que debe devolver la AFP a Colpensiones, lo correspondiente al rubro de **“sumas adicionales de la aseguradora”**, pues como ya se vio, en este caso no tendrían aplicación, por lo que sobre este aspecto, no fue acertada la decisión de primer grado, cuando decidió incluir dentro de los rubros que deben ser trasladados a Colpensiones, las referidas sumas adicionales.

De la misma manera, es importante precisar que si bien la Sala no desconoce que sobre la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del acto traslado, ha hecho referencia la Sala de Casación Laboral en varias de sus providencias⁸, citando como sentencia inicial la correspondiente al radicado 31989 de 2008, es importante precisar que es solo en la parte considerativa

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

de esta providencia, más no resolutive, que la Corte hace referencia a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, pero citando dicho rubro de manera enunciativa, al hacer referencia al deber de las administradoras de devolver al sistema, todos los valores que **hubiere recibido** con motivo de la afiliación. Por lo tanto, como en el presente asunto no está acreditado que la AFP demandada recibió respecto de la demandante sumas de dinero por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, no era viable disponer tal traslado.

Es necesario precisar que no es dable confundir el rubro denominado “*sumas adicionales de la aseguradora*”, con el valor de las primas correspondientes a los seguros contratados por las AFP con aseguradoras, para garantizar el pago de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, pues como quedó visto al resolver el presente problema jurídico, las sumas adicionales solo se originan, cuando una vez causada la correspondiente pensión de invalidez o sobrevivientes, en la cuenta de ahorro individual del afiliado, no se cuenta con el capital necesario para solventar el pago de la respectiva prestación, siendo entonces de cargo de la correspondiente aseguradora, asumir el valor que hiciere falta.

Así las cosas, sin necesidad de efectuar algún otro planteamiento y atendiendo lo señalado en las consideraciones de esta providencia, se habrá revocar parcialmente el ordinal 2° de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en lo relacionado con la devolución del rubro denominado “*sumas adicionales de la aseguradora*” y confirmándola en lo demás.

Como quiera que no prosperó totalmente el recurso de apelación formulado por Porvenir S.A., se le habrá de imponer el pago de las costas procesales de segunda instancia.

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el ordinal 2° de la parte resolutive de la Sentencia N° 036 de 2 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL**, adelantado por **TANIA ELVIRA MUÑOZ BARRERA** contra las **SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, en el sentido de indicar que la condena allí impuesta a Porvenir S.A., no incluye valores por concepto de “*sumas adicionales de la aseguradora*”. En lo demás, se confirma la sentencia recurrida y revisada en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO PONENTE

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00181-01
Demandante:	Tania Elvira Muñoz Barrera
Demandado:	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.



*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**