

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA

Popayán, veinticuatro (24) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

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 los recursos de apelación formulados por los apoderados judiciales de la AFP Protección S.A. y Colpensiones, frente a la Sentencia N° 63 de 24 de noviembre de 2023, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **ELSA YANNETH SALAZAR CUACES** contra las **SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A.,** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-;** al igual que el grado jurisdiccional de consulta que sobre la referida providencia debe agotarse en favor de esta última entidad. Asunto radicado bajo la partida No. **19-001-31-05-003-2022-00271-01.**

Prevía 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, cuya copia obra en la carpeta “*01Expediente Remitido*”, archivo “*003.DemandaAnexos.pdf*” del cuaderno principal del expediente digital, a partir de la cual se pretende lo siguiente: **i)** se declare

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, el cual se materializó con la vinculación inicialmente a Porvenir S.A. y posteriormente a la AFP Protección S.A., en los años 1998 y 2000, por vicios en el consentimiento, al no recibir información sobre las modalidades pensionales, una proyección del monto de la pensión de vejez y la facultad de retractarse; **ii)** Se declare que la simple firma en el formulario de afiliación a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. es insuficiente para dar por demostrado el deber de información; **iii)** declarar que las AFP demandadas deben asumir con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez de la demandante por los gastos de administración en los que hubiere incurrido; **iv)** se ordene a las AFP demandadas trasladar al RPM todos los valores de los aportes y/o valores de la CAI, efectuados por la demandante, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado; **v)** ordenar a Colpensiones aceptar la afiliación de la demandante y por tanto a recibir los aportes, sumas adicionales, bonos pensionales y rendimientos y, **vi)** se condene a las demandadas al pago de las costas procesales.

1.2. Contestación a la demanda.

1.2.1. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- dio respuesta a la demanda mediante el memorial cuya copia obra en el archivo *“06.1.ContestaciónColpensiones.pdf”* del cuaderno principal del expediente digital, señalando no constarle la mayor parte de los hechos, oponiéndose a las pretensiones y formulando las excepciones de fondo de: *“falta de legitimación por pasiva”, “improcedencia de la acción – en caso de engaño de AFP acción procedente es la prevista en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994”, “inexistencia de la obligación”, “improcedencia de declararse la ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de asesoría”, “retorno en cualquier tiempo al RPM, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera”, “la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso”, “errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C.”, “indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes*

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

pensionales – vulneración del principio de confianza legítima”, “inoponibilidad por ser tercero de buena fe”, “inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen”, “se otorga un alcance que no corresponde al contenido de los Decretos 663 de 1993 y 692 de 1994, en cuanto a la voluntad vertida en el formulario de afiliación”, “responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social”, “sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación”, “improcedencia de la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron el estatus de pensionados” y “prescripción”.

1.2.2. La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. procedió a ejercer su derecho de defensa y contradicción, a través del memorial obrante en el archivo *“11.ContestacionDemandaProtección.pdf”* del cuaderno principal del expediente digital, aceptando algunos de los hechos y manifestando no constarle otros; se opuso a las pretensiones y en su defensa formuló las excepciones de fondo de: *“falta de causa para pedir”, “inexistencia de vicio del consentimiento que pudo inducir a error en la afiliación del demandante a la AFP Protección S.A. que traiga como consecuencia la anulación de la afiliación”, “falta de causa en las pretensiones de la demanda”, “carencia de acción y ausencia de derecho”, “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 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”, “buena fe” y “prescripción”.*

1.2.3. La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. procedió a ejercer su derecho de defensa y contradicción, a través del memorial obrante en el archivo *“13.ContestacionDemandaPorvenir.pdf”* del cuaderno principal del expediente digital, aceptando algunos de los hechos y manifestando no constarle otros; se opuso a las pretensiones y en su defensa formuló las excepciones de fondo de: *“prescripción”, “prohibición legal de aplicar retroactivamente la ley”, “principio de confianza legítima”, “falta de causa para pedir e inexistencias de las obligaciones demandadas”, “buena fe”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación”, “prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo”,*

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

“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”.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez agotadas las audiencias correspondientes a la primera instancia, el *a quo*, en audiencia de juzgamiento celebrada el 24 de noviembre de 2023, dictó sentencia en la que resolvió: **(i)** declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., el 1° de enero de 1998, así como su posterior traslado a Colmena, hoy Protección S.A., el 1° de abril de 2000. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al RAIS, permaneciendo siempre en el RPM; **(ii)** condenar a la AFP Protección S.A., a efectuar el pago o traslado a Colpensiones, del total del capital y los rendimientos financieros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a Colpensiones, junto con los bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido, las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual de la demandante por concepto de gastos de administración debidamente indexados, así como para el fondo de garantía de la pensión mínima y pago de primas de los seguros previsionales, todos estos valores debidamente indexados. Conceptos que deben aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; **(iii)** ordenar a Colpensiones recibir los valores trasladados por Protección S.A. **(iv)** declarar no probadas las excepciones de fondo formuladas por Porvenir S.A. y Colpensiones; **(v)** condenar a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. a pagar las costas que se liquiden a favor de la demandante, fijando el valor de las agencias en derecho en suma equivalente a un (1) smlmv a cargo de cada una de las AFP demandadas.

Como fundamento de la decisión, en síntesis, el *A quo* expuso que, en el presente caso, dando aplicación a lo consagrado en los artículos 13 y

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

271 de la Ley 100 de 1993 y los lineamientos jurisprudenciales fijados en sentencias SL1452-2019; SL1421-2019; SL1868-2019, que constituyen precedente vertical, resultaba procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la parte actora al RAIS, como quiera que las AFP demandadas no lograron acreditar que le brindaron de manera previa a la suscripción del formulario de afiliación, información clara y precisa sobre los aspectos favorables y desfavorables de la elección del referido régimen pensional, y poder así tomar una decisión libre y voluntaria, en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, máxime, cuando la sola afirmación pre impresa en el formulario, no es prueba idónea para concluir que sí se le entregó la debida información.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

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

3.1. Del recurso de apelación formulado por la AFP Protección S.A.

Como fundamento de la alzada, el apoderado de la AFP Protección S.A. señaló que no resultaba procedente la declaratoria de ineficacia de traslado de la demandante, teniendo en cuenta que se trata de una vinculación inicial y que nunca ha existido una vinculación al RPM. Resaltó que la vinculación al RAIS fue libre y voluntaria, tal y como lo ha señalado lo CSJ en su jurisprudencia.

Igualmente, reprocha la condena en lo relacionado con el traslado de los gastos de administración, porque la AFP descontó del 3% de la cotización lo autorizado por la ley. Señaló que, durante todo el tiempo de afiliación de la demandante, la AFP ha realizado labores de administración sobre los recursos existentes en la CAI con la mayor diligencia y cuidado, viéndose reflejado en los buenos rendimientos obtenidos, por lo que no habría lugar a la devolución de los gastos de administración, máxime, al tratarse de prestaciones ya causadas. Señala que aceptar lo contrario, daría

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

lugar a un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante y en detrimento de la AFP.

En cuanto al seguro previsional, señaló que del 3% también se han descontado valores para tal concepto, los cuales han sido pagados a la aseguradora, que, de haber ocurrido el siniestro por invalidez o sobrevivencia, habría pagado la suma adicional necesaria para financiar la pensión. En consecuencia, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

3.2. Recurso de apelación formulado por la apoderada de Colpensiones.

La apoderada de Colpensiones formuló recurso de apelación en contra de la totalidad de la sentencia, señalando que la figura de la ineficacia de traslado se desprende de lo consagrado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, según el cual, cualquier acto quedará sin efecto cuando se haya transgredido el derecho de afiliación y selección de manera libre y espontánea, la cual se presenta cuando el interesado desconoce los efectos negativos o positivos de su decisión. Señala que el precedente precisó que la ineficacia de un traslado radica en desconocer las consecuencias de cambiar de régimen pensional teniendo en cuentas las situaciones en condiciones de acceso, efectos, riesgos y la eventual pérdida de beneficios o prerrogativas pensionales. Por lo tanto, actualmente el ordenamiento jurídico establece la doble asesoría en los casos en que solicite un traslado de régimen pensional, no así, cuando se trata de vinculación inicial, pues en este caso, la AFP únicamente será responsable de brindar la asesoría e información sobre los servicios que presta, con transparencia, según lo dispone el artículo 7° de la Ley 1328 de 2009 que establece como obligación de las instituciones financieras, suministrar información comprensible y publicidad transparente, clara, verás y oportuna acerca de sus productos y servicios ofrecidos en el mercado.

Por otra parte, señaló que los efectos de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado anterior en el que se encontraban de no haber existido el acto de traslado, tal y como lo señaló el Tribunal de cierre

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

en la sentencia SL610 de 2023, por lo que, la declaratoria no sería posible en el evento que el demandante no se encontraba afiliado a ningún régimen de pensiones con anterioridad a su afiliación al RAIS, porque sería regresar a una situación jurídica que nunca existió. Señala que tampoco habría lugar al resarcimiento de un perjuicio, en tanto no se puede tener una expectativa respecto de un régimen pensional al cual nunca se perteneció, lo cual guarda armonía con las normas que tratan sobre el derecho de la doble asesoría (artículo 2° de la Ley 1748 de 2014 y sentencias SL1688-2016 y SL3464-2019). En consecuencia, se solicita la revocatoria de la sentencia.

4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

En este punto es importante resaltar que los alegatos no constituyen una oportunidad adicional para cambiar o adicionar los fundamentos del recurso de apelación y a ellos se contraerá la Sala al resolver la alzada. De la revisión efectuada al proceso, se advierte que la parte demandante y demandada Colpensiones alegatos de conclusión, así:

4.1. La parte demandante presentó alegatos de conclusión manifestando solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda. En tal sentido, refirió que al momento de la afiliación de la demandante no se comunicaron aspectos neurálgicos sobre el referido acto, es decir, si el valor de la mesada tenía un carácter relativo y no absoluto; no se efectuó una proyección de la pensión, no se suministró información completa y honesta, no se entregó copia del reglamento, no se informó sobre las ventajas y desventajas del traslado y no se demostró por las AFP, que los supuestos de hecho alegados en la demanda eran falsos.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

4.2. La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones en sus alegatos, manifestó remitirse a los argumentos expuestos al contestar la demanda y fundamentar el recurso de apelación. 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.

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 demandada -AFP Protección S.A. y Colpensiones-, 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 los recursos de apelación formulados por la AFP Protección S.A. y Colpensiones, la Sala considera como problemas jurídicos a resolver los siguientes:

5.2.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de vinculación inicial 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 Protección S.A. que también trasladara a Colpensiones lo que en su momento descontó por concepto de gastos y/o comisiones por administración y para el pago de las primas de los seguros previsionales?**

5.2.3. En virtud del grado jurisdiccional de consulta **¿la sentencia de primera instancia también debió disponer que la AFP Porvenir S.A., en calidad de subrogataria de Horizonte Pensiones y Cesantías, traslade a Colpensiones debidamente indexados, los valores que descontó por concepto de comisiones de administración, primas de los seguros previsionales y Fondo de Garantía de la Pensión Mínima durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa AFP (1° de enero de 1998 a 31 de marzo de 2000)?**

5.3. TESIS DE LA SALA: La tesis de la Sala frente a los cuestionamientos planteados se orienta por una parte, a confirmar la decisión de primer grado, como quiera que por parte de las AFP demandadas no se acreditó que de manera previa al acto de vinculación inicial de la demandante, le suministraron información completa y suficiente sobre los beneficios y las consecuencias que la referida selección podía

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

generar frente su derecho pensional; tratándose de una declaratoria de ineficacia respecto de la que no resultaba aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción y por cuenta de la cual es necesario que la AFP Protección S.A. traslade a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz a título de cotizaciones, bonos pensionales (de ser el caso) y rendimientos financieros; devolución que debe incluir lo descontado por concepto de cuotas o gastos de administración, valor de las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y lo destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, debidamente indexadas. Sin embargo, por otro lado, se estima necesario adicionar la providencia, en cuanto a disponer que la AFP Porvenir S.A. en calidad de absorbente de Horizonte Pensiones y Cesantías, traslade a Colpensiones, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los valores que descontó por concepto de comisiones de administración, primas de los seguros previsionales y Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliado a esa AFP (de 1° de enero de 1998 a 31 de marzo de 2000).

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 legislador ha previsto que habrá inexistencia del negocio. Esos requisitos, pueden ser puramente formales, relativos al contenido o a los sujetos.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 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

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:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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, SL4964-2018, SL4689-2018, SL1452-2019 y la providencia SL1421-2019 de 10 de abril de 2019, radicado 56174.

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

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

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

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

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

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 los eventos de traslado sino también de selección inicial del 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).

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:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

Ahora bien, en este punto es importante dejar de presente que, si bien es cierto la Sala no desconoce la existencia de varias providencias emitidas por la CSJ SL, tal y como es el caso de las SL4211 de 2021 y SL1806-2022, a través de la cuales, las Salas de Descongestión N° 2ª y 4ª de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al resolver unos casos de contornos fácticos similares al presente, decidieron señalar que no era procedente acudir a la ficción jurídica construida en materia de ineficacia del traslado tratándose de asuntos relacionados con afiliación inicial, o en otras palabras, en aquellos eventos en los que el actor no contara con una vinculación al RPM que precediera a la que realizó en el RAIS, debe señalarse que trata de una decisión que para esta Sala de Tribunal no puede ser considerada como un precedente de carácter vinculante.

En efecto, en providencia proferida por esta Sala el 14 de febrero de 2023, en el proceso de radicación 19001-31-05-001-2021-00298-01, en el que actuó como Magistrada Ponente la doctora Claudia Cecilia Toro Ramírez, por parte de esta instancia se precisó lo siguiente:

“(…) en relación a la aplicación por parte de la A quo, a lo dispuesto por la Sala de Descongestión No. 02 en providencia SL4211 de 23 de agosto 2021, Radicación No. 85164, devine relevante para esta Sala clarificar, que las salas de descongestión no están llamadas a modificar los precedentes jurisprudenciales de las Salas permanentes, y cuando la mayoría de los integrantes de aquellas consideren procedente cambiar la jurisprudencia sobre un determinado asunto o crear una nueva, deberán devolver el expediente a la Sala de Casación Laboral para que esta decida³. De manera que no les está dada la posibilidad de modificar la jurisprudencia de manera directa.

Al respecto, en providencia C- 154 de 2016, la Corte Constitucional señaló:

“El objetivo de la descongestión es acelerar la toma de decisiones en los procesos detenidos para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia y la adopción de una sentencia en un plazo razonable. Su naturaleza es transitoria, pues pretende generar medidas de choque frente al represamiento de los procesos.

Por su parte, la unificación de jurisprudencia pretende garantizar igualdad y seguridad jurídica por medio de una función de carácter permanente. La sentencia SU-241 de 2015[146] se refirió al tema en materia de casación laboral. Consideró que la unificación es parte de varios objetivos sistémicos de la casación que van más allá de las

³ Artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un párrafo al art. 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia – Ley 270 de 1996-.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

partes, pero inciden en la realización efectiva de sus derechos fundamentales.

Como puede observarse, los objetivos de la descongestión distan de la búsqueda o participación permanente en la unificación de jurisprudencia. Si se aceptara que esta sala de descongestión conociera de la unificación se desnaturalizaría el objetivo para el que los cargos fueron creados, pues no lograrían ocuparse de la descongestión como corresponde. En efecto, el objetivo de esta sala no es crear nueva jurisprudencia, es resolver la mayor cantidad de casos en menos tiempo, por eso es razonable la medida que les impide conocer de la unificación.

*102.- Podría alegarse que esta medida restringe la autonomía e independencia judicial o incluso el debido proceso de los ciudadanos, pues los magistrados de descongestión no podrían, eventualmente, adoptar una posición diferente a la de la jurisprudencia vigente en la Corporación. Este argumento no sería admisible porque **no existe ningún impedimento para que los magistrados de la sala de descongestión discrepen de la jurisprudencia vigente o planteen la necesidad de crear una nueva postura, lo que la norma ha diseñado es un mecanismo en el cual, a fin de proteger el objetivo de la descongestión, los magistrados que discrepen o consideren que debe crearse nueva jurisprudencia deberán devolver el expediente a la Sala de Casación permanente para que sea esta la que decida.** De esta manera se garantiza la seguridad jurídica y la igualdad de trato en los órganos de cierre sin anular el objeto del programa de descongestión. De esta manera se garantiza la seguridad jurídica y la igualdad de trato en los órganos de cierre sin anular el objeto del programa de descongestión.*

De lo anterior se concluye que “cuando los magistrados de las Salas de Descongestión evidencien necesaria la creación o modificación de la jurisprudencia de la Sala Permanente, deberán remitirla a ésta, o, de lo contrario, sujetarse al criterio sentado por ella.” ⁴.

Atendiendo a lo expuesto, no puede esta Sala tener como un precedente vinculante la decisión aludida en precedencia, pues ésta va en contravía de las disposiciones de la Sala Permanente. La que ha propendido por hacer realidad el principio constitucional de igualdad de quienes buscan la protección de sus derechos en la administración de justicia. Derecho que se vería vulnerado si se da un trato diferencial a las personas que por falta al deber de información se afiliaron por primera vez al RAIS y a las que, por falta de ese mismo deber, se trasladaron a dicho régimen, siendo el único criterio diferenciador entre este grupo de personas, el momento en el que se afiliaron al RAIS.

De manera que, al no encontrar un criterio diferenciador que justifique de manera suficiente el trato diferencial entre este grupo de personas, la sala reiterará el criterio que viene manejando frente a la ineficacia de la afiliación inicial.” (hasta aquí la cita)

Ahora bien, descendiendo al caso sometido a estudio, de los medios de prueba aportados y practicados dentro de la actuación judicial (carpeta 1

⁴ Sala de casación penal Sentencia STP3489 de 16 de febrero de 2021; Radicación No. 114754.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

y archivos 12 y 14), entre los cuales se encuentran: formularios de vinculación a Horizonte Pensiones y Cesantías y Colmena, historia laboral consolidada expedida por la AFP Protección S.A. y certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP, se tiene que el 1° de enero de 1998, la demandante suscribió formulario de vinculación a la entonces Horizonte S.A. Pensiones y Cesantías, hoy AFP Porvenir S.A.; vinculación que se hizo efectiva a partir de la misma fecha, y que, estando en el RAIS, el 24 de febrero de 2000, se trasladó a ING, con efectividad a partir del 1° de abril del mismo año, y a partir del 31 de diciembre de 2012, pasó a ser afiliada a la AFP Protección S.A. con ocasión de la cesión por fusión de que fue objeto ING.

En la demanda se afirma que la demandante fue afiliada al RAIS sin que le fuese suministrada información completa, clara, oportuna y comprensible sobre esa decisión y sus consecuencias. Y por su parte, las AFP demandadas no acreditaron el cumplimiento del deber de información y asesoría previa, que era necesario tanto para el momento de la selección del régimen pensional. 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.

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 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, o el traslado entre AFPs, 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.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 genera la declaratoria de ineficacia de la selección inicial y/o traslado al RAIS como régimen pensional, pues las AFP no ejercieron ninguna labor probatoria que permitiera determinar que en el acto de ofrecimiento del servicio, le proporcionaron 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, 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, la consecuencia no podría ser otra que la declaratoria de la ineficacia de la vinculación y/o traslado de régimen pensional.

Es por tanto, la falta de pruebas que permitan desvirtuar las negaciones indefinidas expuestas en la demanda, el incumplimiento de las normas relativas al suministro de información suficiente, amplia y oportuna, que estaban vigentes para el año 1998, fecha en que se dio la vinculación al RAIS, y la aplicación de las sub reglas fijadas por la jurisprudencia especializada en torno a la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por deficiencia o indebida asesoría, que resultan también aplicables a los casos de vinculación por primera vez, que esta Sala considera como acertada la decisión del *a quo* de declarar la ineficacia del acto de vinculación y/o traslado al RAIS de la demandante, en tanto no es la existencia de una vinculación anterior al RPM el presupuesto que da lugar a la declaratoria de ineficacia de la vinculación inicial o traslado al RAIS, sino lo falta de la información y asesoría debida, que se puede presentar tanto

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

en uno como en otro caso, conllevando a la misma consecuencia, que no es otra que la declaratoria de ineficacia con la aplicación de los efectos que son consecuentes a tal figura, esto es, teniendo para todos los efectos, como si nunca la demandante se hubiese afiliado y/o vinculado al RAIS.

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 y/o ejercer de manera correcta el derecho de elección de régimen pensional, a fin 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 del régimen pensional, la providencia que es materia de revisión.

● **Del segundo problema jurídico planteado:**

Respecto de este ítem, relacionado con determinar si fue acertado ordenar a Protección S.A. que, además de trasladar el capital existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, también traslade a Colpensiones las sumas descontadas a título de **“gastos de administración”** y para el pago de **“las primas de los seguros previsionales”**, la respuesta es afirmativa.

Gastos y/o comisiones por 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:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
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 las declaratorias de nulidad, que en sus efectos es predicable por analogía a los casos de ineficacia. Por lo tanto, tales restituciones implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a éste, los valores que el citado régimen debió recibir, de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal corresponde al mismo porcentaje en 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 las 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:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
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, y la precisión efectuada al resolver el primer problema jurídico, la Sala estima que fue acertado ordenar a la AFP Protección S.A., 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 y/o vinculación inicial, de ahí que el estado de las cosas es que la cotización completa que recibió el RAIS sea trasladada al RPM.

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

En consecuencia, cuando se declara la ineficacia del acto de traslado o vinculación al RAIS, no queda duda que, junto con las cotizaciones del

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

afiliado, es también deber de la respectiva administradora devolver los rendimientos del capital abonado en la cuenta individual, pues independiente de su mala o buena fe, se trata de un emolumento que le pertenece al titular de la cuenta, que no es otro que el afiliado.

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

Teniendo en cuenta que, en virtud de lo consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 100 de 1993, las AFP están habilitadas para descontar mes a mes de la cotización obligatoria, un 3% para financiar con el mismo los gastos de administración y las primas de los seguros de invalidez y 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 Protección S.A. valores que hacen parte de la cotización, implica restarle efectos a la ineficacia del traslado como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido y por eso es que la Corte Suprema de Justicia a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

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

Permitir que Protección 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:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
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 afiliada 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.

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

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

Así las cosas, la Sala encuentra que no le asiste razón al apoderado de Protección 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

restarle efectos a la declaratoria de ineficacia, que por encontrarse ajustada a los preceptos que gobiernan en materia de afiliación y/o selección de régimen pensional y la jurisprudencia que actualmente impera, debe ser confirmada.

• **Del tercer problema jurídico:**

Frente al interrogante, relativo a determinar en virtud del grado jurisdiccional de consulta, si la AFP Porvenir S.A. en calidad de entidad absorbente de Horizonte Pensiones y Cesantías, también debió ser condenada a trasladar debidamente indexado a Colpensiones y con cargo a sus propios recursos, lo que por concepto de comisiones o gastos de administración, primas de los seguros previsionales y el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, descontó de las cotizaciones de la demandante durante el tiempo en que estuvo vinculado a esa AFP, la respuesta habrá de ser afirmativa, como quiera que, en efecto, la declaratoria de ineficacia de la afiliación del traslado de régimen pensional tiene por objeto retrotraer el estado de las cosas al momento en el que se generó la falencia contractual, esto es, como si la decisión del traslado nunca hubiese tenido ocurrencia, siendo entonces pertinente, procurar que las cotizaciones reingresen al RPM en la misma forma y cantidad que debieron serlo si no se hubiese presentado el traslado que se declara ineficaz. Y en este caso, la permanencia de la demandante en el RAIS se ha verificado a través de las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., luego, serán las dos entidades, con cargo a sus propios recursos, como lo ha señalado la CSJ en providencia SL1561-2022, las llamadas a devolver a Colpensiones debidamente indexados, lo descontado por gastos de administración, primas de los seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima.

En consecuencia, en razón de lo antes dicho, se adicionará la providencia de primer grado, ordenando a la AFP Porvenir S.A. que traslade a Colpensiones debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, discriminando cada uno de los valores objeto de traslado, lo que mes a mes descontó de las cotizaciones realizadas por la demandante por concepto de comisiones y/o gastos de administración, las primas de los seguros previsionales para el cubrimiento de las contingencias de invalidez y muerte

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante:	Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado:	AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

y el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, durante el periodo que la demandante fue su afiliada, esto es, entre el 1° de enero de 1998 y el 31 de marzo de 2000.

Al no salir airosos los recursos de apelación formulados por el apoderado de la AFP Protección S.A. y Colpensiones, se impondrá a su cargo el pago de las costas de segunda instancia, tal y como deviene de lo consagrado en el artículo 365 del C.G.P.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal tercero de la parte resolutive de la Sentencia N° 63, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, el 24 de noviembre de 2023, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **ELSA YANNETH SALAZAR CUACES** contra las **SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A.,** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, en el sentido de **CONDENAR** a la **AFP Porvenir S.A.** a trasladar a **Colpensiones** debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, los porcentajes que mes a mes descontó de las cotizaciones efectuadas por la demandante para sufragar el pago de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de la Pensión mínima, durante el tiempo en que estuvo vinculada a esa AFP (1° de enero de 1998 al 31 de marzo de 2000), lo cual se deberá efectuar, discriminando cada uno de los valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. En lo demás se confirma la sentencia objeto de revisión.

SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia, a cargo de las demandadas AFP Protección S.A. y Colpensiones y en favor de la

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00271-01
Demandante: Elsa Yanneth Salazar Cuaces
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

demandante, al no salir adelante 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 del Magistrado Sustanciador el valor de las agencias en derecho, para lo cual la Secretaría de la Sala deberá pasar nuevamente el asunto a despacho.

TERCERO: RECONOCER personería adjetiva a la doctora Nina Gómez Daza, identificada con la cédula de ciudadanía N° 34.324.735 de Popayán y portadora de la tarjeta profesional N° 209.190 del CSJ, como apoderada de Colpensiones, en la forma y términos del poder que le fue sustituido.

CUARTO: 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
Con aclaración de voto

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA SALA, DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ELSA JANNETH SALAZAR CUACES, CONTRA PORVENIR, PROTECCIÓN Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2022-00271.

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	190013105003-2022-00271-01
Asunto:	Aclaración de voto

La suscrita magistrada, manifiesta en forma respetuosa que ACLARA VOTO en el asunto de la referencia, al estar de acuerdo con la decisión de declaratoria de ineficacia en el sub examine.

Empero, resalto que, si bien, por intermedio de comunicado No. 13 de 9 de abril de 2024, la Corte Constitucional anunció el cambio de precedente respecto de los procesos ordinarios donde se discute la ineficacia de traslado de los afiliados del RPM al RAIS, por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009.

Frente a tal comunicación, resulta relevante rememorar lo dispuesto en auto de 201 de 6 de septiembre de 2013¹ en el que al pronunciarse sobre el alcance de los comunicados de prensa de la Corte Constitucional se señaló:

“Al respecto, esta Sala Especial recuerda que **el alcance de los comunicados de prensa es meramente informativo, que no son sentencias y, en esa medida, al no responder a las características propias de las providencias judiciales, no se les confiere fuerza vinculante de ninguna índole**^[1]. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que:

“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional^[2], en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”^[3] y, precisamente, en ejercicio de esta función, el presidente expide y firma los comunicados de prensa, cuyo carácter es meramente informativo, según lo ha puesto de presente la Corporación al señalar que “son un medio expedito para dar a conocer a los ciudadanos las sentencias que profiere la Corte, pero no reemplazan la decisión misma”^[4].

8. En esa medida, la Corte ha reconocido la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”^[5]. Así, atendiendo a las discrepancias que pueden surgir entre uno y otro, de una parte, y a la naturaleza y alcance que diferencian los comunicados de prensa de las providencias judiciales, de la otra, la Corte Constitucional sostuvo que no se le puede otorgar al comunicado “capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita

¹ Auto 201 de 6 de septiembre de 2013. Ref: cumplimiento de la orden duodécima del auto 119 del 24 de junio de 2013. M.P. Luis Ernesto Silva

a anunciar”, pues “se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y de su valor”^[6].”

En consecuencia, no es factible desconocer la existencia del comunicado en mención, toda vez que el mismo se expandió masivamente, sin embargo, no resulta posible, tenerlo como vinculante, pues por su naturaleza, solo tiene el propósito de informar en forma general y abstracta, las decisiones adoptadas por las Salas de la Corte Constitucional, sin que se especifique detalladamente las situaciones particulares del caso, ni la *ratio decidendi* en que se funda.

En los términos referidos dejo fundamentada mi ACLARACIÓN DE VOTO.


Firma válida
providencia judicial

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA PONENTE
(CON ACLARACIÓN DE VOTO)