

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
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, veintinueve (29) 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 el recurso de apelación formulado por los apoderados judiciales de las AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones, frente a la Sentencia N° 08 de 7 de marzo de 2024, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **FERNANDO ZÚÑIGA LÓPEZ** contra **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**; al igual que el grado jurisdiccional de consulta que sobre la referida providencia debe agotarse en favor de esta última entidad. Asunto radicado bajo la partida No. **19-001-31-05-003-2022-00303-01**.

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, cuya copia obra en el archivo "03.Demanda.pdf" del cuaderno principal del expediente digital, a partir de la

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

cual se pretende lo siguiente: **i)** se declare la ineficacia y/o inexistencia de la vinculación y/o traslado del demandante del RPM al RAIS, a través de Horizonte, hoy AFP Porvenir S.A., por estar viciado de error y en el consentimiento informado; **ii)** se declare la ineficacia y/o la inexistencia de la vinculación y/o traslado que hizo el demandante a Colfondos, por estar viciado de error y en el consentimiento informado; **iii)** se declare la ineficacia y/o la inexistencia de la vinculación y/o traslado que hizo el demandante a la AFP Porvenir S.A, por estar viciado de error y en el consentimiento informado; **iv)** se declare que la simple firma en el formulario de afiliación realizado por el demandante a Colfondos, Horizonte y la AFP Porvenir S.A., es insuficiente para demostrar el deber de información que tienen dichos fondos de pensiones al momento del traslado; **v)** se declare que Colfondos y/o la AFP Porvenir S.A. deben asumir con su propio patrimonio, las pérdidas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez por los gastos de administración en que hubiese incurrido; **vi)** se declare que, una vez ejecutoriada la sentencia, las AFP demandadas deben trasladar a Colpensiones, todos los valores de los aportes y/o valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubiesen causado; **vii)** se ordene a Colpensiones a aceptar el traslado y/o afiliación del actor, a recibir los aportes efectuados, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales con los rendimientos que se hubiesen causado en el fondo privado; y, **vii)** se condene a las AFP demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

1.2. Contestación a la demanda.

1.2.1. 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 *"09.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"*, *"falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandada"*, *"buena fe"*, *"inexistencia de la obligación de devolver la*

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

1.2.2. Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías contestó la demanda, a través del memorial que obra en el archivo *“12.ContestaciónDemandaColfondos.pdf”* del cuaderno principal del expediente digital, negando algunos hechos y señalando no constarle otros; se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de fondo de: *“validez de afiliación a Colfondos S.A.”, “buena fe”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa”, “inexistencia de la obligación de trasladar los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones al haber sido trasladados a Porvenir S.A.”, “inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe”, “inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho”, “prescripción”, “inexistencia de engaño y de expectativa legítima”, “nadie puede incurrir en contra de sus propios actos”, “compensación” y “la innominada o genérica”.*

1.2.3. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- dio respuesta a la demanda mediante el memorial cuya copia obra en el archivo *“14.ContestaciónDemandaColpensiones.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: *“inexistencia de la obligación - inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación del demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma”, “retorno en cualquier tiempo al RPM, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera”, “la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad 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 pensionales – vulneración del principio de confianza legítima”, “inoponibilidad por*

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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”.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez agotadas las audiencias correspondientes a la primera instancia, el *a quo*, en audiencia de juzgamiento celebrada el 7 de marzo de 2024, dictó sentencia en la que resolvió: **(i)** declarar la ineficacia del traslado del demandante a Cesantías y Pensiones Colpatria S.A., actualmente AFP Porvenir S.A., suscrito el 21 de enero de 2000 y con fecha de efectividad de 1° de marzo de 2000; así como los posteriores traslados horizontales a Colfondos AFP, efectivizada en diciembre de 2000, conforme formulario suscrito el 25 de octubre de 2000; y finalmente a la AFP Porvenir S.A., en virtud del formulario de vinculación de fecha 1° de julio de 2011. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el demandante nunca se trasladó al RAIS, permaneciendo siempre en el RPM; **(ii)** condenar a la AFP Porvenir 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 del actor, 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 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 Porvenir S.A. **(iv)** declarar no probadas las

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

excepciones de fondo formuladas por Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones; **(v)** condenar a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a pagar las costas que se liquiden a favor del 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 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 la AFP demandada no logró acreditar que le brindó 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, los apoderados de las entidades demandadas formularon recursos de apelación, así:

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

Como fundamento de la alzada, la apoderada de la AFP Porvenir S.A. señaló que la decisión adoptada desconoce las reglas existentes en materia de restituciones mutuas. Señala que la condena a cargo de la AFP de devolver los dineros correspondientes a los gastos de administración, desconoce el principio de existencia de restituciones mutuas y de enriquecimiento sin justa causa. Precisa que el principio de restituciones mutuas tiene como objetivo principal que los traslados patrimoniales que queden sin justificación por efectos de la declaratoria de ineficacia del acto

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

jurídico, sean devueltos a las partes colocándolos en las mismas circunstancias que se encontrarían si aquel no hubiere tenido ocurrencia.

Refiere que la restitución ofrece dificultad tratándose de prestaciones que es inviable retrotraer, como en el caso de gestiones de administración de los recursos del afiliado. Señala que, por virtud del artículo 14 del Decreto 656 de 1994, se les impuso a las AFP el cumplimiento de varias obligaciones, entre las que se destaca la de invertir los recursos del sistema, garantizar una rentabilidad mínima y prestar asesoría. Indica que la AFP Porvenir S.A. ha actuado como agente oficioso involuntario, en la medida, que al declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional, tiene derecho a que le reembolsen la utilidad efectiva obtenida, la cual se traduce en que solo debería estar obligada a entregar a Colpensiones, los rendimientos que hubiesen tenido los aportes de haber permanecido el afiliado en el RPM, en tanto aquellos como los rendimientos del RAIS son totalmente diferentes. Precisó que, en el caso del demandante, de haber permanecido en el RPM, tendría una rentabilidad RISS; sin embargo, los aportes que se encuentran en la CAI bajo la rentabilidad propia del RAIS hacen que esos dineros sean más elevados, es decir que gracias a las labores de administración ejecutadas por Porvenir, se ha obtenido un mejor beneficio, por lo que, al declarar la ineficacia de esa vinculación al RAIS, mal puede pretenderse que esos dineros tengan esa rentabilidad que es propia de este régimen, por lo que, lo correcto sería es que se ordene es trasladar los dineros con los rendimientos RISS o en su lugar que se autorice a la AFP descontar las expensas de los gastos en que se ha incurrido para favorecer al afiliado.

Reitera que los dineros de la CAI han obtenido rendimientos, gracias a las gestiones de administración de la AFP, lo que no habría sucedido en el RPM, porque la ley establece que los rendimientos pertenecen al fondo de reparto común y porque en la práctica, los aportes de los afiliados financian las actuales pensiones, además de la financiación por parte de la Nación, cuando existen diferencias. Señala que, de haber permanecido la demandante en el RPM, no contaría con rendimientos o éstos corresponderían a los RISS. En consecuencia, por las razones antes dichas y la declaratoria de ineficacia no habría lugar a la restitución de

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

rendimientos de la CAI ni los gastos de administración y máxime, en tanto no es posible la aplicación retroactiva de la ley.

Precisa que ordenar la devolución de los gastos de administración, habilita el pago de lo no debido frente a Colpensiones, siendo también cuestionable la orden de restituir valores correspondientes a primas de seguros previsionales, en tanto el contrato de seguro es de tracto sucesivo, en el que agotado el término de su cobertura el asegurado devenga la totalidad de la prima acordada; seguro que es tomado para dar aplicación al mandato previsto en el artículo 1070 del Código de Comercio y lo señalado en el artículo 108 de la Ley 100 de 1993, siendo también improcedente la indexación, en tanto la misma generaría una doble condena para la administradora por el mismo concepto y la condena al pago de las costas procesales.

3.2. Del recurso de apelación formulado por la apoderada de Colpensiones.

La apoderada de Colpensiones formula recurso de apelación, al considerar que la decisión de declarar la ineficacia del traslado repercute en que se crea de manera injustificada y desproporcionada una obligación con efectos patrimoniales en cabeza de Colpensiones, quien administra los aportes de miles de pensionados y afiliados, y dicha medida para restablecer los derechos de los afiliados no pasaría el segundo criterio de la necesidad, toda vez que si existen otros medios menos lesivos para mantener los derechos del afiliado, entre los que se encuentran que sea la AFP la que deba asumir los efectos económicos de la declaratoria de ineficacia, que es la que ha administrado los recursos y generado los respectivos rendimientos. Indica que imponer la responsabilidad en cabeza de Colpensiones tiene un impacto mas lesivo para la sostenibilidad financiera del sistema, evaluando variables como, que Colpensiones es la única administradora del RPM que alberga un mayor número de pensionados, cuyas pensiones se reconocen con subsidios de las arcas del Estado. Por lo tanto, se solicita la revocatoria de la sentencia.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

3.3. Del recurso de apelación formulado por el apoderado de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.

El apoderado de Colfondos S.A. presento recurso de apelación en relación con las condenas impuestas a esa AFP. Lo anterior, en cuanto la declaratoria de ineficacia implica una aplicación retroactiva de una norma, contrariando lo establecido en el ordenamiento jurídico, en tanto que, cuando se dio la situación fáctica en que el actor generó la vinculación con Colfondos S.A., la vinculación se amparó en las normas vigentes para esa época. Así mismo, señala que antes de la promulgación de la Ley 1758 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015 no existía obligación por parte de los fondos de pensiones de hacer proyecciones en el momento en que un afiliado optaba por realizar un traslado de régimen. Precisa que los cambios legislativos y judiciales posteriores no podían ser anticipados con certeza para ese momento, el cual respalda el principio de imprevisibilidad que enfrenta el fondo para advertir estos cambios normativos. Resalta que, en el año que el actor optó por trasladarse de régimen pensional, las normas antes señaladas no estaban en vigor.

En lo relativo al pago de las sumas adicionales de los gastos de administración y la prima de los seguros previsionales, señaló que la evolución de tales conceptos no hace parte del precedente jurisprudencial que ha sido decantado en el tiempo de la nulidad e ineficacia de la afiliación. Relata que los gastos de administración dentro de un portafolio de pensiones, según la Ley 100 es el mecanismo para acumular aportes y capitalizar el ahorro con el fin de garantizar una pensión, por lo que, pasado el tiempo de cotización de un afiliado, la mesada pensional se compone de varios elementos, los aportes acumulados, la capitalización que se obtiene por el manejo que para el caso en concreto da Colfondos, de ahí que el objeto de la comisión por administración sea un reconocimiento por esa gestión, que se debe reconocer tanto en el RAIS como en el RPM, del 3% de la cotización.

Por lo tanto, precisa que la devolución de los gastos de administración es indiferente para el actor, porque no tiene injerencia en el capital

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

acumulado, negando por el contrario la gestión realizada por la administradora. Indica que, de igual forma, esos gastos de administración no pasarían a engrosar el fondo común del RPM si no el patrimonio de Colpensiones, generando a su favor un enriquecimiento sin causa en beneficio de ésta última y en detrimento de Colfondos.

Aclara que la consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, de devolver las cosas al estado anterior, lo que implicaría es la devolución de un capital con una mera actualización sin rendimientos, debido a que éstos son obtenidos mediante el ejercicio de administración del capital durante el tiempo que el afiliado estuvo en Colfondos y que de haber permanecido en el RPM no se hubiesen generado, porque no existe cuenta de ahorro individual, sino fondo común, generando rendimientos inferiores a los que se obtienen en el RAIS. Frente al seguro previsional, manifestó que éste se contrata con una aseguradora, para garantizar a los cotizantes la financiación de la pensión en caso de invalidez o muerte por origen común y un auxilio funerario, cuando los recursos de la CAI sean insuficientes.

Indicó haciendo alusión a una providencia del Tribunal de Bogotá, que en el presente caso, al no existir asesoría directa, sino depender la vinculación a un acto del empleador, es este quien debía asumir la responsabilidad. En consecuencia, solicita la revocatoria de la sentencia y la imposición de condenas en costas en cualquier instancia.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

recurso de apelación y a ellos se contraerá la Sala al resolver la alzada. De la revisión efectuada al proceso, se advierte que sólo las demandadas Colfondos S.A. y Colpensiones presentaron alegatos de conclusión, así:

4.1. La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en sus alegatos de conclusión, manifestó remitirse a los argumentos expuestos al contestar la demanda. Así mismo señaló que la decisión de primer grado se fundamentó en el hecho de que por parte de la AFP no se brindó la debida asesoría a la demandante, obviando tener en cuenta que, para el momento del traslado, no le era exigible a los fondos documentar las asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de afiliación. Señaló que en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, no es procedente la declaratoria de ineficacia de traslado, máxime, cuando tampoco se cumplen los requisitos previstos en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al RPM en cualquier tiempo.

4.2. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., presentó alegatos de conclusión manifestando que el actor ejerció su derecho de elección de manera libre y voluntaria, sin ningún vicio que afectara su validez, de lo cual quedó constancia en el respectivo formulario, máxime, cuando para la fecha del traslado no se había promulgado la Ley 1758 de 2014 ni el Decreto 2071 de 2014. Finalmente, reitero la inviabilidad de las condenas por concepto de devolución de gastos de administración y seguros previsionales.

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 las demandadas -AFP Porvenir, Colfondos 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

instancia trajo consecuencias a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-; de quien es garante la Nación, como quiera que le impuso como carga, aceptar al demandante como afiliado del RPM (artículo 69 del CPT y de la SS).

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

5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS: En virtud del grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación formulados por las AFP Porvenir S.A., Colfondos 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 y/o traslado del demandante al RAIS?

5.2.2. De ser afirmativa la respuesta frente a la declaratoria de ineficacia, ¿fue acertado ordenar a la AFP Porvenir SA 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?. Así mismo, ¿resultaba procedente la devolución indexada de los referidos conceptos?

5.2.3. En virtud del grado jurisdiccional de consulta ¿la sentencia de primera instancia también debió disponer que Colfondos S.A., 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Mínima durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa AFP (1° de enero de 2001 a 31 de agosto de 2011)?

5.2.4. ¿Fue acertado condenar en costas de primera instancia a las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías?

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 y/o traslado del demandante, le suministraron información completa y suficiente sobre los beneficios y las consecuencias que la referida selección podía 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 Porvenir 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 de primera instancia, en cuanto a disponer que Colfondos S.A. 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 el demandante estuvo afiliado a esa AFP (de 1° de enero de 2001 a 31 de agosto de 2011).

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

● **Del primer problema jurídico:**

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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, 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.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 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 desarrollando 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 éste contenga una cláusula en la que se afirme que la decisión de afiliarse fue libre y voluntaria, pues siempre será necesario y se requerirá que, de manera previa al acto de vinculación 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. Las administradoras de fondos de pensiones y cesantías, tienen una responsabilidad profesional con sus afiliados, y entre sus múltiples deberes está el de información.

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: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

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

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

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

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

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

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

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 sólo es predicable de las situaciones de traslado, sino también de selección inicial de régimen pensional.

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: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 (archivo 02 y carpeta 10 del cuaderno principal del expediente digital), entre los cuales se encuentran: certificados electrónicos de tiempos laborados CETIL, historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir S.A., formularios de vinculación a la AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A, historia laboral de la OBP y certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP, se tiene que el demandante prestó sus servicios para la hoy extinta Dirección Departamental de Salud del Cauca, entidad que en el periodo comprendido entre el 1° de septiembre de 1991 y el mes de febrero de 2000, efectuó cotizaciones a Cajanal y posteriormente, a partir del mes de marzo de 2000, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la Colpatria S.A., hoy AFP Porvenir S.A, entidad con la que suscribió el respectivo formulario, el 21 de enero de 2000. Igualmente, se advierte que, estando el actor en el RAIS, efectuó los siguientes traslados horizontales: a Horizonte, el 29 de septiembre de 2000, efectivo a partir de la misma fecha; a Colfondos, el 25 de octubre de 2000, con efectividad a partir del 1° de diciembre de 2000 y retornando a la AFP Porvenir S.A., el 1° de julio de 2011, entidad en la que mantiene vigente la vinculación.

Ahora bien, en la demanda se afirma que la demandante fue trasladada de régimen pensional sin que le fuese suministrada en debida forma, información completa, clara, oportuna y comprensible sobre el

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

traslado y sus consecuencias; afirmación que la Sala encuentra no fue desvirtuada por las AFP demandadas.

En el sentir de la Sala, el cumplimiento del deber de asesoría no se supe con el simple aporte del formulario de traslado de régimen pensional o vinculación inicial, pues si bien es cierto, no se puede desconocer que con la firma en él impuesta se refleja la voluntad del afiliado de realizar los mencionados actos, tal firma no resulta suficiente para constatar que se trató de una manifestación debidamente informada, en la forma y términos que precisa el criterio jurisprudencial que actualmente impera.

Es decir, por parte de las AFP se obvió aportar los medios de prueba que permitieran establecer que la información que le brindaron al demandante fue completa y clara, lo cual era de suma importancia, pues dadas las condiciones de orden legal que rigen el actuar de las 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 del actor en el régimen privado durante varios años o el traslado entre administradoras de fondos de pensiones pueda convalidar las deficiencias de la afiliación, 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 del demandante, el hecho que generó la declaratoria de ineficacia de la selección del RAIS como régimen pensional, pues la AFP no ejerció ninguna labor probatoria que permitiera determinar que en el acto de ofrecimiento del servicio, se le proporcionó al afiliado 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

negación indefinida que en virtud de lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, eximía de prueba a la parte actora y la trasladaba a la contraparte, en este caso, a las administradoras de fondos de pensiones, que para desvirtuarla, debían acreditar la ocurrencia del hecho contrario, esto es, que por parte de esas entidades si se brindó la asesoría debida y como no lo hicieron, produjo que la decisión resultara adversa a sus intereses.

En este punto, memórese que en virtud de lo contemplado en el literal b), artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, constituye una práctica abusiva, invertir la carga de la prueba en contra de los consumidores financieros, de ahí que, con mayor razón, en casos como el presente, las principales obligadas a acreditar el cumplimiento de sus obligaciones, sean las AFP y no sus afiliados.

Es entonces, ante la falta de pruebas que permitan desvirtuar las negaciones indefinidas expuestas en la demanda, así como por el incumplimiento de las normas relativas al suministro de información suficiente, amplia y oportuna, que estaban vigentes para para fecha en que se dio el traslado y/o 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 de la vinculación y/o acto de traslado al RAIS, que en su momento efectuó el demandante, imponiéndole a la AFP Porvenir S.A., como actual AFP en la que se encuentra afiliado, afrontar la devolución de los dineros que recibió por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, en caso de haberse recibido, rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, no solo porque fue la entidad que recibió las cotizaciones, sino también porque es importante recordar que al tenor de lo contemplado en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, que fueron compilados en los artículos 2.2.7.4.1³. y 2.2.7.4.3⁴

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

del DUR 1833 de 2016, los promotores que lleguen a ser utilizados por las AFP, 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, 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 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 Porvenir S.A. que, además de trasladar el capital existente en la cuenta de ahorro individual del 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”**, así como la **“indexación”** de dichos conceptos, la respuesta es afirmativa.

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: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 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

⁵ CSJ SL-1688 de 2019.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados⁷.

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

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

Así las cosas, siguiendo la línea jurisprudencial imperante, y la precisión efectuada al resolver el primer problema jurídico, la Sala estima que fue acertado ordenar a la AFP Porvenir 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.

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: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

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

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Permitir que Porvenir S.A. no devuelva el valor de las primas de los seguros previsionales, implicaría la violación directa del artículo 1746 del Código Civil, aplicable según la jurisprudencia y como se explicó anteriormente, a la figura de la ineficacia, en tanto las dos figuras dan a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto o contrato, máxime, cuando en este proceso tampoco se ha demostrado que se contrató el seguro previsional ni el valor de la póliza que es colectiva y de participación, conforme al artículo 108 de la Ley 100 de 1993 y menos, cuál es el valor que de la respectiva prima de seguros le corresponde al demandante 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.

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.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Así mismo, se debe recordar que los rendimientos existentes en la CAI, no pueden suplir la devaluación sufrida por las sumas descontadas por concepto de cuotas o comisiones de administración, pago de las primas previsionales de los seguros de sobrevivientes e invalidez y el fondo de garantía mínima, en tanto estas sumas no ingresan en esa cuenta, sino que van directamente a la AFP para que cumplan con su respectiva destinación, de ahí la necesidad que la orden de traslado, tenga que incluir la respectiva indexación.

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

● **Del tercer problema jurídico:**

Frente al interrogante, relativo a determinar si por vía del grado jurisdiccional de consulta, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, también debía ser condenada a trasladar debidamente indexado a Colpensiones 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 del demandante durante el tiempo en que estuvo vinculado a esas 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 del actor en el RAIS se ha verificado a través de las AFP Porvenir S.A. y de Colfondos S.A. , luego, serán las dos entidades, con cargo a sus propios recursos, como lo

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, que traslade a Colpensiones y con cargo a sus propios recursos, debidamente indexado y discriminando cada uno de los valores objeto de traslado, lo que mes a mes descontó de las cotizaciones realizadas por el 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 y el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, durante el periodo que el actor fue su afiliado, esto es, entre el 1° de enero de 2001 y el mes de agosto de 2011.

● **Del cuarto problema jurídico:**

En relación con el cuarto problema jurídico, encaminado a determinar si fue acertada la condena que por costas impuso el juez de primera instancia a las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, la respuesta habrá de ser afirmativa, como quiera que, en atención a lo consagrado en el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P. se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente, entre otras cosas, el recurso de apelación, y en este caso, las AFP demandadas resultaron vencidas, en tanto con las contestaciones, se resistieron a las pretensiones de la demanda, sin que ninguna de sus excepciones de fondo hubieron salido airosas. En consecuencia, se confirmará por las anteriores razones, las condenas en costas impuestas respecto de la primera instancia.

Ahora, al no salir avantes los recursos de apelación formulados por los apoderados de la AFP Porvenir S.A., Colfondos 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 ya mencionado artículo 365 del C.G.P.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 3° de la Sentencia N° 8, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, el 7 de marzo de 2024, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **FERNANDO ZÚÑIGA LÓPEZ** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, en el sentido de **CONDENAR** a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a trasladar a Colpensiones y con cargo a sus propios recursos, debidamente indexado y discriminando cada uno de los valores objeto de traslado, lo que mes a mes descontó de las cotizaciones realizadas por el 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 y el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, durante el periodo que el actor fue su afiliado, esto es, entre el 1° de enero de 2001 y el mes de agosto de 2011. En lo demás se confirma la providencia de primera instancia.

SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia, a cargo de las demandadas AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones y en favor del demandante, al no salir avantes los recursos 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: NOTIFICAR la presente sentencia mediante estado electrónico con inserción de la copia de la providencia en el mismo e

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2022-00303-01
Demandante: Fernando Zúñiga López
Demandado: AFP Porvenir SA y otras
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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**

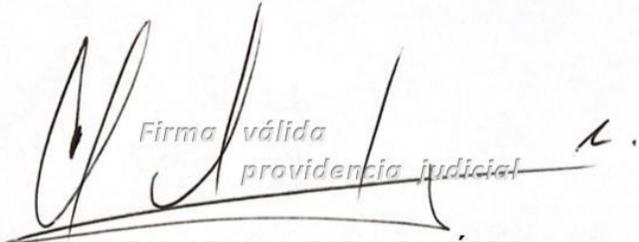
*Firma válida
providencia judicial*



**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 FERNANDO ZUÑIGA LOPEZ, CONTRA PORVENIR-PROTECCIÓN-COLFONDOS Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2022-00303.

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**

Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	19-001-31-05-003-2022-00303-01
Asunto:	Aclaración de voto

La suscrita magistrada, manifiesta en forma respetuosa que ACLARA VOTO en el asunto de la referencia, pues si bien estoy de acuerdo con la declaratoria de ineficacia, debo resaltar 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 recordar 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:

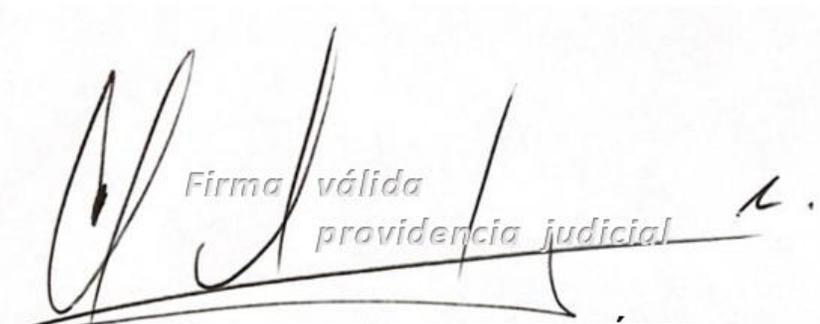
“el Reglamento Interno de la Corte Constitucional^[2], en el literal c) de su artículo 9º, establece como función del Presidente de la Corporación la de “servir a la Corte de órgano de comunicación”, de modo que “sólo él podrá informar oficialmente de los asuntos decididos en Sala Plena”^[3] y, precisamente, 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].

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

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 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 SALA LABORAL
(ACLARACIÓN DE VOTO)