

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA

Popayán, once (11) de marzo 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 Porvenir S.A. y Colpensiones, frente a la sentencia de 25 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **ESTHER ELENA SALAZAR DOMÍNGUEZ**, contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**; al igual que el grado jurisdiccional de consulta que sobre la referida providencia debe agotarse en favor de esta última entidad. Asunto radicado bajo la partida No. **19-001-31-05-002-2021-00300-01**.

Previa deliberación y aprobación del asunto con los restantes Magistrados, **LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTES** y **CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ**, se dicta por parte de la Sala, la providencia cuyo texto se inserta a continuación:

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES:

1.1. La demanda. Como antecedentes fácticos relevantes, se tienen los contenidos en la demanda obrante en el archivo denominado “003 *Demanda.pdf*” del cuaderno de primera instancia – expediente digital, a partir de la cual se pretende lo siguiente: **i)** se declare que el traslado que del

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

RPM realizó la demandante al RAIS, a través de la AFP Horizonte S.A. hoy, Porvenir S.A. estuvo mediado por error y por ello se encuentra viciado de nulidad, siendo ineficaz al no recibir información completa, comprensible y a la medida sobre las modalidades de pensión en el RAIS y las diferencias con la que obtendría en el RPM y el derecho de retracto; **ii)** condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes efectuados junto con sus respectivos rendimientos, asumir las diferencias a que haya lugar derivadas del cálculo de equivalencias entre regímenes; y, **v)** condenar a la AFP Porvenir S.A. 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., al ejercer su derecho de defensa y contradicción con la contestación de la demanda obrante en la carpeta “009ContestaciónPorvenir”, cuaderno principal - expediente digital, aceptó algunos hechos y negó otros, se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de fondo de: *“prescripción”, “prohibición legal de aplicar retroactivamente la ley”, “cumplimiento del deber de información aplicable al momento de la vinculación - límites del deber de información”, “principio de confianza legítima”, “falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas”, “buena fe”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación”, “prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo”, “innominada o genérica”, “inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones” y “debida asesoría del fondo”.*

1.2.2. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- dio respuesta a la demanda mediante el memorial cuya copia obra en la carpeta “010ContestaciónColpensiones”, cuaderno primera instancia - expediente digital, aceptando algunos hechos y manifestando no constarle otros; oponiéndose a algunas de las

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

pretensiones de la demanda y formulando las excepciones de fondo de: *“inexistencia de la obligación”, “indebida interpretación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional”, “inexistencia de vicio en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma”, “imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos”, “buena fe”, “la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones”, “responsabilidad Sui Generis de las entidades de la seguridad social”, “juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado”, “improcedencia de la declaración de ineficacia y/o nulidad de traslado en casos en que el actor se encuentre pensionado o cumpliendo los requisitos para la obtención de la pensión” y la “innominada o genérica”.*

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez surtidas las audiencias de trámite correspondientes a la primera instancia, el Juez de conocimiento en audiencia pública concentrada llevada a cabo el 25 de julio de 2023, procedió a dictar sentencia en la cual, respecto de la demandante Esther Elena Salazar Domínguez y en aplicación a lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, decidió: **(iii)** declarar la ineficacia del traslado que al RAIS, a partir del 1° de abril de 2001 se atribuye a la demandante, a través de la AFP Porvenir S.A.; **(iv)** declarar que la demandante conservó el derecho a permanecer en el RPM hoy administrado por Colpensiones y en consecuencia condenó a Porvenir S.A., como última administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiese recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, bonos pensionales si es del caso, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Conceptos que al momento de cumplirse la orden deben ser discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC y aportes; los cuales deberán ser recibidos por Colpensiones en razón a la ineficacia que se declara en el proceso; **(v)** negó la

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

excepción de prescripción, y; **(vi)** condenó a la AFP Porvenir S.A. a pagar las costas del proceso, estimando las agencias en derecho en suma equivalente a 1 smlmv al momento del pago.

Como fundamento de la decisión el *A quo* expuso que, en este evento, ante la ausencia de pruebas que acrediten el cumplimiento por parte de la AFP Porvenir S.A., antes AFP Horizonte S.A., de su obligación de suministrar información clara y suficiente en el traslado al RAIS, hay lugar a declarar su ineficacia, en atención de lo consagrado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y en lo precisado por la CSL a través de providencias SL 1452-2019, SL 56174, SL 1421-2019, SL4875-2020 y SL2229 de 2022. De la misma manera indicó que en el presente asunto no tuvo operancia el fenómeno jurídico de la prescripción.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones formularon recursos de apelación.

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

Como fundamento de la alzada, la apoderada de la AFP Porvenir S.A. reprochó la condena por el traslado de los gastos de administración, prima de seguros previsionales e indexación de sumas a devolver. Advirtió que estos ordenamientos, desconocen que existen prestaciones que por su naturaleza no pueden retrotraerse, lo que constituye una excepción a los efectos de la ineficacia. Asimismo, se excluyen las reglas sobre restituciones mutuas (artículo 1746 del C.C.) y el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa. Señaló que es inviable retrotraer las gestiones de administración de los recursos del afiliado. Adujo que están a cargo de las AFP las obligaciones previstas en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994, dentro de las que se encuentra la gestión necesaria de invertir los recursos para garantizar una rentabilidad mínima

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante:	Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

en el RAIS. Además, no es factible retrotraer lo ejecutado por las partes. Que cuando se trata de prestaciones de hacer distintas a las de entregar cosas o de no hacer, la regla general es que lo ejecutado no es susceptible de retrotraerse y no es posible eliminar un comportamiento humano como si éste nunca se hubiese presentado.

Manifestó que existe un doble fundamento para las restituciones mutuas, la equidad y la prevención del enriquecimiento sin causa. Que debe haber una correspondencia entre lo que se recibió y lo que se restituye. Que quien satisfizo su obligación tiene derecho a conservar las prestaciones que haya recibido como contrapartida, por lo que aceptar lo contrario desconocería los postulados del enriquecimiento sin causa. Que una parte se vería beneficiada por el comportamiento de la otra, sin pagar contraprestación alguna.

Argumentó que existen condiciones especiales frente a la distribución de la cotización que realiza el RAIS en aplicación del artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Que el 3% del I.B.C. se debe destinar para cubrir las cuotas de administración de los dineros depositados en las cuentas de ahorro individual y para pagar los seguros de invalidez y muerte. Las AFP deben contratar con la aseguradora de su preferencia a fin de contar con el valor de la suma adicional necesaria para financiar la pensión de invalidez o sobrevivencia, según corresponda. Y de otro lado, recalcó que el demandante es una persona capaz, sujeto de derechos y obligaciones y al suscribir el formulario de afiliación se generaron obligaciones para ambas partes, para la afiliada, la obligación de pagar los aportes y para la AFP la administración de dichos recursos. Los rendimientos en la cuenta individual del promotor de la acción son producto de esas buenas gestiones y administración.

En tal contexto, adujo que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, rendimientos y prima de seguros previsionales. Ello, por cuanto los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, han tenido unos rendimientos gracias

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

a las gestiones de la AFP, rendimientos que se calculan diferente a los diferentes regímenes, por lo que, si se ordena su devolución, debe hacerse conforme se debían calcular en el RAIS y no en el RPM.

Finalmente, solicitó se revoque también la orden de indexación respecto de los valores a devolver a Colpensiones, pues se ordenó la devolución de los rendimientos del capital que se encuentran en la cuenta de ahorros del demandante, dado que con este ordenamiento se estaría incurriendo en una doble condena sobre el mismo asunto, pues ya se está ordenando la entrega de los rendimientos financieros y estos hacen las veces de la actualización de los valores y al ordenar la indexación se estaría ordenando una doble condena por el mismo concepto, siendo estos valores excluyentes.

3.2. Del recurso de apelación formulado por Colpensiones

El apoderado de Colpensiones solicitó la revocatoria de la decisión de primer grado, manifestando que en el fallo de primer grado se concluyó que Porvenir S.A., no demostró haber dado información suficiente a la accionante para el traslado de régimen pensional. No obstante, argumentó que, no está de acuerdo con el fallo de primer grado, toda vez que a su juicio si se cumplió el deber de información por parte de la administradora del RAIS, y esta actuó de conformidad con la normatividad vigente al momento del traslado, de manera que, al haberse cumplido con el deber de información vigente a la fecha del traslado, no hay lugar a declarar la ineficacia del mismo.

Igualmente, señaló que goza de total validez el formato de traslado suscrito por la demandante y es prueba suficiente de su conocimiento respecto del RAIS.

Por último, manifestó que a pesar de la orden de devolver los conceptos determinados por el *A quo*, se generaría una afectación al Sistema Pensional, puesto que, nadie puede resultar subsidiado a costa

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados. En suma, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En firme el auto que admitió la apelación, se dio traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días, 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. En las oportunidades debidas, la parte demandante y la demandada Colpensiones presentaron alegatos de conclusión, así:

4.1. La **parte demandante** presentó alegatos de conclusión solicitando la confirmación de la decisión de primer grado, en cuanto no está acreditado que la entidad demandada haya suministrado a la demandante la información necesaria para efectuar el traslado de régimen pensional.

4.2. La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** en sus alegatos, manifestó que la selección de régimen pensional es libre y voluntaria; hizo referencia a la imposibilidad de aplicar en este caso la inversión de la carga de la prueba, máxime, cuando los fondos sólo estaban obligados a registrar el consentimiento de los afiliados en los formularios de vinculación, sin que se hubiese acreditado que por parte del fondo no se cumplió con el deber de brindar una debida y suficiente información.

Indicó que, a pesar de que los fondos privados trasladen a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, los rendimientos financieros y gastos de administración existentes en la cuenta de ahorro

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

individual debidamente indexados, se genera una afectación al sistema pensional, por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados en el régimen de prima media y que mediante providencia SL373-2021, la CSJ SL precisó que quienes hayan consolidado el derecho pensional y tengan la calidad de pensionados no podrán volver al RPM, a pesar de acreditarse que existieron fallas en la información, al tratarse de una situación jurídica consolidada, un hecho consumado y un status jurídico que no es dable revertir o retrotraer. Por lo tanto, solicitó se declaren probadas las excepciones de fondo formuladas con la contestación de la demanda, se revoque la sentencia de primer grado, se declare la terminación del proceso y se condene en costas a la contraparte.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

5.1. COMPETENCIA: En virtud de lo consagrado en el artículo 66 del C.P.T.S.S., con la modificación incorporada por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, es esta Sala de Tribunal competente para conocer de la alzada propuesta por la parte demandada -AFP Porvenir 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, el reintegrar a la demandante como afiliada del RPM (artículo 69 del CPT y de la SS).

Es importante precisar que en virtud de lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en materia laboral, así como el grado jurisdiccional de consulta en aquellos eventos en los que no se

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 la AFP Porvenir 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 traslado de la demandante al RAIS?

5.2.2. De ser afirmativa la respuesta frente a la declaratoria de ineficacia, ¿fue acertado ordenar a la AFP Porvenir S.A. que también trasladara a Colpensiones lo que en su momento descontó por concepto de gastos y/o comisiones por administración y primas de los seguros previsionales?

5.2.3. En virtud del grado jurisdiccional de consulta ¿Fue acertado no disponer la devolución indexada de los valores correspondientes a gastos o cuotas de administración, primas de los seguros previsionales y el Fondo de Garantía de la Pensión Mínima?

5.3. TESIS DE LA SALA: La tesis de la Sala frente a los cuestionamientos planteados se orienta a confirmar la decisión de primer grado, en tanto no se acreditó que, de manera previa a tal acto de traslado, la AFP demandada le haya suministrado a la demandante información completa y suficiente sobre los beneficios y las consecuencias que el referido cambio le podría generar frente al derecho pensional; tratándose de una declaratoria de ineficacia respecto de la

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

que no resulta aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción, siendo igualmente acertada la orden impartida a Porvenir S.A., en cuanto a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, a título de cotizaciones, bonos pensionales si es del caso, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Declaratoria de ineficacia respecto a la que no resulta aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción. Sin embargo, se estima necesario adicionar la providencia, en cuanto a disponer la devolución indexada de los gastos de administración, valores utilizados en el pago de las primas de los seguros previsionales y los destinados al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, en tanto sobre tal aspecto, no se hizo un señalamiento expreso en la parte resolutive de la sentencia materia de revisión.

5.3.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

● Del primer problema jurídico:

De la forma como fue concebido el Sistema de Seguridad Social Integral que se encuentra previsto en la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes que este trajo consigo, bien sea el RPM y/o el RAIS, debe 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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, por lo que no queda duda de que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1994 ya comentado, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno, tanto así que es el mismo legislador el que de manera expresa ha señalado cuales son los requisitos necesarios para la existencia del negocio jurídico.

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

Para lo que aquí interesa, la ineficacia por inexistencia se presenta cuando faltan los presupuestos previstos en la ley para ello, los cuales deben concurrir al momento de la celebración del acto y sin los cuales, el

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

Por lo tanto, si el querer de la ley es que la validez de la afiliación se supedite al correcto diligenciamiento del formulario de inscripción, que incluye la firma del afiliado, así como también a que la selección del régimen se haya efectuado de manera libre y voluntaria, previo suministro de la información completa y necesaria sobre los beneficios y desventajas del acto de vinculación inicial o traslado (dadas las condiciones particulares del interesado), 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 normativos, 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, 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.

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: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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, 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.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
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*

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

*realizan en cada régimen, y las implicaciones y conveniencias de la decisión”.*²

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

Ahora bien, descendiendo al caso sometido a estudio, de los medios de prueba aportados y practicados dentro de la actuación judicial (archivos 004 y carpetas 009 y 010 del cuaderno de primera instancia expediente digital), entre los cuales se encuentran: historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir S.A., historia laboral de Colpensiones, formulario de solicitud vinculación a la AFP Horizonte S.A., historia laboral expedida por la OBP y certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP, se tiene que la demandante en el periodo comprendido entre el 4 de marzo de 1987 y el 30 de junio de 1987, efectuó cotizaciones con fines pensionales al entonces ISS. Así mismo, se tiene que el 16 de febrero de 2001, suscribió formulario de vinculación a la entonces AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., haciéndose efectiva la afiliación, a partir del 1º de abril de 2001, entidad de la cual, por cesión por fusión fue trasladada a la AFP Porvenir S.A. el 1º de enero de 2014.

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: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Ahora bien, en la demanda se afirma que la demandante fue trasladada de régimen pensional sin que se le hubiese brindado información y explicación suficiente y transparente sobre los efectos de esa decisión; afirmación que la Sala encuentra no fue desvirtuada por la AFP demandada, quien obvió aportar pruebas que permitieran llevar a convencimiento distinto.

En el sentir de la Sala, el cumplimiento del deber de asesoría no se suple con el aporte del formulario de vinculación y/o traslado de régimen pensional, ni con los de traslado entre administradoras del RAIS, pues si bien es cierto, no se puede desconocer que con las firmas en ellos impuesta se refleja la voluntad del afiliado de realizar cada uno de esos actos, no son suficientes para constatar que se trató de una manifestación debidamente informada, en la forma y términos que precisa el criterio jurisprudencial que actualmente impera.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Como lo ha venido enseñando la jurisprudencia especializada, el suministro de información no solo hace referencia a la ilustración sobre las características, condiciones y forma de vinculación al régimen, sino también a conocer de los efectos y riesgos de ese traslado frente al derecho pensional, y así deviene de las obligaciones impuestas a las entidades vigiladas, entre las que se encuentran las administradoras de fondos de pensiones, desde el mismo Estatuto Orgánico Financiero – Decreto 663 de 1993- , cuando en el numeral 1° del artículo 97 original, les señaló como un deber, el 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 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, 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, pueda convalidar las deficiencias de la afiliación, pues es precisamente cuando ya se encuentra ad portas de causar el derecho pensional, que se pueden advertir los efectos que la falta de información sobre las consecuencias del traslado le trajo a su derecho pensional.

Esta Sala, tampoco considera como aplicable a los procesos de ineficacia, la teoría del respeto al acto propio, para, por esa vía,

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

convalidar el traslado de régimen pensional que no cumple con las exigencias previstas en la ley, pues en estos casos, la buena fe, que es el principio en el que se sustenta la referida teoría, brilla por su ausencia; por el contrario, es precisamente su contraria, la mala fe, la que puede entenderse como presente, dado que en estos casos, es la ausencia de información vital e importante de forma precedente a la selección de régimen pensional y/o administradora, la que sanciona el legislador con la pérdida de eficacia del respectivo acto. Entender lo contrario, implicaría aceptar que el incumplimiento de las obligaciones, es constitutivo de derechos, nada más contrario al principio constitucional de buena fe, cuyo objetivo principal es que tanto autoridades como particulares en todos sus actos, actúen con la mayor transparencia y rectitud.

Es por lo tanto, la inexactitud de la información y/o la omisión sobre la forma como el nuevo régimen se puede materializar en el caso específico del pretendido afiliado, el hecho que genera la ineficacia del acto de traslado, pues el Fondo de Pensiones no ejerció ninguna labor probatoria que permitiera determinar que en el acto de ofrecimiento del servicio, le proporcionó 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 a la demandante para efectos de su vinculación, tenía los conocimientos necesarios para efectuar tal labor.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Es entonces, 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, vigentes para el año 2001, fecha de suscripción del formulario de traslado y en la que se expresó la voluntad del trasladarse, así como 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 esta Sala considera como acertada la decisión de declarar la ineficacia del acto de vinculación y/o traslado de régimen pensional que en su momento efectuó la parte actora.

Y es que, como un argumento adicional para confirmar la decisión de primer grado ha de decirse, en aplicación a 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 los citados aspectos la providencia objeto del grado jurisdiccional de consulta y de los recursos de apelación formulados por los apoderados de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones S.A.

● Del segundo y tercer problema jurídico planteado:

Respecto de este ítem, relacionado con determinar si fue acertado ordenar a la recurrente AFP Porvenir S.A. que además de las

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

cotizaciones y sus rendimientos financieros, trasladara a Colpensiones las sumas que en su momento descontó a título de **gastos de administración y las destinadas al pago de las primas correspondientes a los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes**, la respuesta es afirmativa.

De los gastos u cuotas de administración.

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada³, la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, que no es otra cosa, que desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

Igualmente, se ha dicho que la declaratoria de ineficacia trae aparejada, en lo posible, la obligación de efectuar entre los contratantes, las respectivas restituciones mutuas, tal y como lo prevé el artículo 1746 del Código Civil, para el caso de la declaratoria de nulidad, que en sus efectos es predicable por analogía a los casos de ineficacia. Por lo tanto, tales restituciones implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a éste, los valores que el citado régimen debió recibir, de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal corresponde al mismo porcentaje en los dos regímenes pensionales, pues así se deriva del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 y artículo 1° del Decreto 4982 de 2007⁴.

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

³ CSJ SL-1688 de 2019.

⁴ 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: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se trata de rubros que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados⁵.

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

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

Así las cosas, siguiendo la línea jurisprudencial imperante, la Sala estima que fue acertado ordenar a la AFP recurrente, la devolución del rubro denominado gastos y/o comisiones de administración, en tanto se reitera, los efectos de la declaratoria de ineficacia conducen a tener como

⁵ 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: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

inexistente el acto de traslado, de ahí que el estado de las cosas es que la cotización completa que recibió el RAIS sea retornada o remitida al RPM.

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

Teniendo en cuenta que, en virtud de lo consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 100 de 1993, las AFP están habilitadas para descontar mes a mes de la cotización obligatoria, un 3% para financiar con el mismo los gastos de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, la Sala estima que la devolución de lo destinado al pago de las referidas primas también resultaba procedente, para de esa manera garantizar que la cotización obligatoria que en su momento dejó de recibir el RPM con ocasión de la vinculación inicial y/o traslado, regrese a este de manera íntegra, en tanto reservarle a Porvenir valores que hacen parte de la cotización, implica restarle efectos a la ineficacia del traslado como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido y por eso es que la Corte Suprema de Justicia a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante:	Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
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 a la demandante en este proceso para que se pudiera proferir una decisión en concreto si llegare a ser procedente, por lo que también, por falta de prueba es imposible que prospere la inconformidad respecto a la no devolución de las primas del seguro previsional, que como ya se dijo, se entienden incluidas en la devolución de la cotización completa al RPM.

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

Ahora bien, en cuanto a la devolución indexada de los gastos de administración y los valores de las primas de los seguros previsionales; aspecto del cual se queja la apelación de la AFP Porvenir S.A., se debe resaltar que, aunque sobre dicha indexación nada se mencionó en la parte resolutoria de la sentencia, se trata de un derecho que si debió ser objeto de reconocimiento expreso, en tanto de esa forma, se procura que todos los dineros que deben retornar al RPM por haber hecho parte de la

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

cotización obligatoria, retornen sin los efectos económicos por el transcurso del tiempo.

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.

En consecuencia, aunque la apelación presentada por la AFP Porvenir S.A. en cuanto a la indexación no estaría llamada a prosperar en tanto tal rubro no fue objeto de la condena impuesta, en razón del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, se hace necesario adicionar la sentencia de primer grado, disponiendo que los gastos de administración, el valor de las primas de los seguros previsionales y lo destinado al Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, sean devueltos por la AFP demandada con la respectiva indexación, pues de no hacerlo, no se estarían aplicando correctamente las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Al no salir avante los recursos de apelación, de conformidad con lo consagrado en el artículo 365 del C.G.P., se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.

En razón y mérito de lo expuesto la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN,**

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, el 25 de julio de 2023, en relación con el proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **ESTHER ELENA SALAZAR DOMÍNGUEZ**, contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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, además de los conceptos determinados por el *A quo*, la indexación de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: COSTAS de segunda instancia, a cargo de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones y en favor de la demandante, al no salir avante 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.

CUARTO: NOTIFICAR la presente sentencia mediante estado electrónico con inserción de la copia de la providencia en el mismo e

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2021-00300-01
Demandante: Esther Elena Salazar Domínguez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
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**

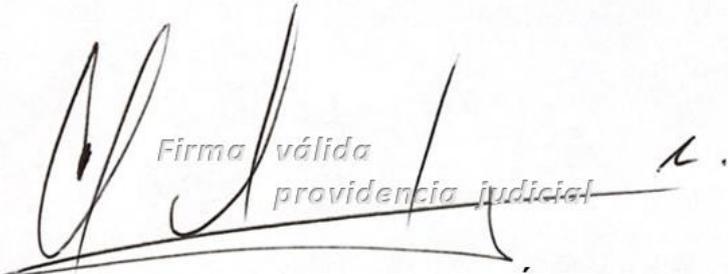
*Firma válida
providencia judicial*



**LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL**

Con salvamento parcial del voto

*Firma válida
providencia judicial*



**CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL**

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO A LA PROVIDENCIA PROFERIDA POR LA SALA, DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ESTER HELENA SALAZAR DOMINGUEZ, CONTRA PORVENIR Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2021-00300.

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