

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA

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

Vencido el término de traslado concedido a las partes para presentar por escrito alegatos de conclusión y dando aplicación a lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, le corresponde a la Sala entrar a resolver los recursos de apelación formulados por los apoderados judiciales de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, frente a la sentencia de 11 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **LUCIO MACA VÁSQUEZ** contra las **SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP-** 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. **19-001-31-05-002-2022-00018-01**.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

DemandaAnexos.pdf del cuaderno de primera instancia – expediente digital, a partir de la cual se pretende lo siguiente: **i)** se declare la nulidad de la afiliación y/o traslado que el actor realizó a la AFP Porvenir S.A. por vicios en el consentimiento; **ii)** se declare que el demandante no estuvo afiliado al RAIS; **iii)** se declare que el demandante tiene derecho al regreso automático al RPM, administrado por Colpensiones; **iv)** condenar a la AFP Porvenir S.A. trasladar al RPM, todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos que se hubieren causado; **v)** condenar a la AFP Porvenir S.A. a asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado para la financiación de la pensión de vejez del actor; y, **v)** condenar a las 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., al ejercer su derecho de defensa y contradicción con la contestación de la demanda obrante en la carpeta *“007ContestaciónPorvenir”* del 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 entrega de información por parte del fondo”.*

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

1.2.2. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- dio respuesta a la demanda mediante el memorial cuya copia obra en la carpeta “008ContestaciónColpensiones” del cuaderno primera instancia - expediente digital, aceptando algunos hechos y manifestando no constarle otros; oponiéndose a algunas de las pretensiones de la demanda y formulando las excepciones de fondo de: *“inexistencia de la obligación”, “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”, “prescripción”, “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 en casos en que el actor se encuentre pensionado o cumpliendo los requisitos para la obtención de la pensión” y la “innominada o genérica”.*

1.2.3. La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-, contestó la demanda, mediante escrito obrante en la carpeta “009Contestación UGPP” del cuaderno de primera instancia, a través del cual aceptó algunos hechos y manifestó no constarle otros; se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló la excepción previa de: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* y las excepciones de fondo de: *“inexistencia de la obligación demandada respecto a la UGPP”, “buena fe de la entidad demandada” y “prescripción”.*

1.2.4. La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda a través del memorial obrante en el archivo “27 Contestación de AFP PROTECCIÓN S.A.pdf”, cuaderno principal - expediente digital, aceptando algunos hechos y negando otros; se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de: *“falta de causa en las pretensiones de la demanda”, “carencia de acción y ausencia de derecho”, “inexistencia de las obligaciones demandadas respecto de la administradora de Fondos de*

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Pensiones y Cesantías Protección S.A., “cobro de lo no debido”, “buena fe”, “inexistencia de vicio del consentimiento que pudo inducir a error en la afiliación del demandante inicialmente a la AFP Protección S.A., que traiga como consecuencia la anulación de esa afiliación” y “prescripción”.

1.2.5. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, al ejercer su derecho de defensa y contradicción con la contestación de la demanda obrante en la carpeta “28Contestación Colfondos”, cuaderno principal - expediente digital, señaló no constarle la mayor parte de los hechos; se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de fondo de: “validez de la 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 u porque afecta derechos de terceros de buena fe”, “inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho”, “prescripción”, “inexistencia de engaño y de expectativa legítima”, “nadie puede ir en contra de sus propios actos”, “compensación” 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 11 de septiembre de 2023, procedió a dictar sentencia en la cual, en aplicación a lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, decidió: **(i)** declarar la ineficacia del traslado que al RAIS, a partir del 1° de julio de 1995 se atribuye al demandante, a través de la AFP Porvenir S.A., así como los posteriores traslados a Colfondos con efectividad a partir del 1° de julio de 2000, a ING hoy Protección S.A., con efectividad el 1° de abril de 2001 y su retorno a Porvenir S.A. con efectividad el 1° de agosto de 2003; **(ii)** declarar que el demandante conservó el derecho a permanecer en el RPM hoy

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 y rendimientos, 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, debidamente indexados. 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; **(iii)** negó la excepción de prescripción; **(iv)** declaró la falta de legitimación material en la causa por pasiva de la Ugpp, y; **(vi)** condenó a las AFP Porvenir S.A. a pagar las costas del proceso, estimando las agencias en derecho en suma equivalente a 2 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 las AFP, 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 y se acreditó la falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de la Ugpp.

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.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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. señaló que la decisión adoptada desconoce las reglas existentes en materia de restituciones mutuas y el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa, en tanto dicho régimen tiene como objetivo principal que los traslados patrimoniales que queden sin justificación por efectos de la declaratoria de ineficacia del acto jurídico, sean devueltos a las partes colocándolos en las mismas circunstancias que se encontrarían si aquel no hubiere tenido ocurrencia (artículo 1746 del Código Civil).

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 fue el legislador el que le impuso a las AFP el cumplimiento de las obligaciones consignadas en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994, entre las que se destaca la de invertir los recursos del sistema. Indica la rentabilidad obtenida se debe a la buena administración de la AFP, lo cual no habría tenido ocurrencia 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 el actor en el RPM, no contaría con rendimientos o éstos corresponderían a los RIT. En consecuencia, por las razones antes dichas y la declaratoria de ineficacia no habría lugar a la restitución de rendimientos de la CAI.

Señala que, en el presente caso, existieron varios actos relacionamiento desde el año 1995, 1997, 2000, 2001 y 2003. Reitera que, tratándose de prestaciones de hacer distintas a las de entregar cosas o de no hacer, la regla general es que lo ejecutado no es

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

susceptible de retrotraerse y no es posible eliminar un comportamiento humano como si éste nunca se hubiese presentado.

Manifiesta que también resulta 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.

3.2. Del recurso de apelación formulado por Colpensiones

El apoderado de Colpensiones formuló recurso de apelación afirmando que la selección del régimen pensional por parte del actor fue libre y voluntaria quien manifiesta su intención al momento de suscribir el formulario de vinculación y en el caso en particular, donde realiza más de cinco (5) traslados dentro del RAIS, notándose con ello la voluntad de permanecer en el mismo. Señala que en virtud de lo consagrado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección del régimen implica la aceptación de éste para acceder a las pensiones de vejez, invalidez, sobrevivencia y demás prestaciones económicas a que haya lugar. Resalta que el actor ha desplegado actos de relacionamiento, que se ven reflejados en el tiempo de permanencia en el RAIS, el pago de cotizaciones y actuar con las AFP.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 las demandadas AFP Porvenir S.A., Colfondos y Ugpp presentaron alegatos de conclusión, así:

4.1. La **parte demandante** presentó alegatos de conclusión solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia, en tanto no se acreditó que, al momento de la vinculación del actor al RAIS, se le haya suministrado información clara y concreta sobre las consecuencias y efectos del traslado, ni que se le hubiere entregado de copia del reglamento de funcionamiento de la AFP, siendo así víctima de engaño.

4.2. La demandada **AFP Porvenir S.A.** presentó alegatos de conclusión solicitando la revocatoria de la decisión de primer grado, en tanto esa AFP cumplió con el deber de información que le era exigible para la fecha de los hechos o del traslado, por lo cual el acto jurídico no puede ser declarado ineficaz. Sin embargo, precisó que, de mantenerse la decisión solicitaba que en las devoluciones no se incluyan valores referentes a cuota de administración, primas de seguros e indexación, por desconocer las reglas existentes en materia de restituciones mutuas y un doble pago. Llamó la atención, que las decisiones que en sede judicial se tomen en estos casos de solicitud de traslado de régimen, deben considerar las reglas sobre las restituciones mutuas, la equidad y el principio de sostenibilidad financiera regulado en el artículo 48 de la

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Carta Política de Colombia, el mantenimiento del orden legal y la seguridad jurídica.

4.3. Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías presentó alegatos de conclusión, solicitando la revocatoria de la sentencia, indicando que el actor ejerció su derecho de elección de manera libre y voluntaria, sin que ningún vicio afecta la validez de la selección de régimen pensional. Indicó que el personal del fondo suministró toda la información requerida al actor y éste tuvo la oportunidad de estudiarla y conocer las normas relacionadas con la seguridad social en pensiones, vigentes al momento del traslado, por lo que, condenar al fondo implicaría una retroactividad normativa prohibida por la legislación colombiana. Preciso que, con la condena relacionada con la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, se contraviene lo establecido en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008. Adujo que la póliza previsional se contrata en beneficio de los afiliados y la AFP solo es una intermediaria en ese proceso, por lo que, dichos recursos nunca ingresan al patrimonio de la administradora, de ahí la improcedencia de solicitar la devolución de tal rubro.

4.4. La demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - Ugpp- presentó alegatos solicitando se confirme la decisión de primera instancia, habida cuenta que esa unidad carece de legitimación en la causa por pasiva, al no ser la administradora de los aportes pensionales del actor, por lo que, cualquier eventual condena equivaldría a sancionarla por actos que legalmente no le pueden ser imputados.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 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 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 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 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?. Así

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 la AFP Protección S.A. en calidad de absorbente de ING Pensiones y Cesantías, así como Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, trasladen a Colpensiones debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los valores que descontaron 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 esas AFP (de 1° de julio de 2000 a 31 de marzo de 2001 y de 1° de abril de 2001 a 31 de julio de 2003)?**

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, en tanto no se acreditó que, de manera previa a tal acto de traslado, las AFP demandadas le hayan suministrado al 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 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, debidamente indexados. Sin embargo, por otro lado, se estima necesario adicionar la providencia de primera instancia, en cuanto a disponer que la AFP Protección S.A. en calidad de absorbente de ING Pensiones y Cesantías, así como Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías,

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

trasladen a Colpensiones debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los valores que descontaron 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 esas AFP (de 1° de julio de 2000 a 31 de marzo de 2001 y de 1° de abril de 2001 a 31 de julio de 2003).

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 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 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 supedita 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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.

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

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: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

selección del régimen fue debidamente informado, y por ello libre y voluntario.

Sobre el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, tratándose del traslado a un régimen pensional a otro, pueden ser objeto de revisión y son fundamento de esta decisión, entre otras, las sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, reiteradas en sentencia de 22 de noviembre de 2011 (radicado 33083), sentencia SL12136 de 3 de septiembre de 2014, SL19447 – 2017, SL 16889-2019, SL 4964 -2018, SL 4689-2018, SL1452-2019 y la providencia SL1421-2019 de 10 de abril de 2019, radicado 56174.

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

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

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

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

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

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

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

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

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 03, 27 y las carpetas 7 y 27 del cuaderno de primera instancia - expediente digital), entre los cuales se encuentran: certificados electrónicos del tiempos de servicios, historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir S.A., formularios de vinculación a las AFP , Pensiones y Cesantías Santander, historia laboral de la OBP y certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero

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: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

SIAFP, se tiene que el demandante durante el periodo comprendido entre el 6 de julio de 1989 al 30 de junio de 1995, prestó sus servicios para la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, realizándose aportes a la entonces Caja Nacional de Previsión Social Cajanal. Así mismo, se tiene que, mediante suscripción de formulario de vinculación a la AFP Porvenir S.A., se trasladó al RAIS, la cual se hizo efectiva a partir del 1° de julio de 1995; régimen en el que efectuó los siguientes traslados: a Horizonte el 11 de julio de 1997, haciéndose efectivo el 1° de de septiembre de 1997, a Colfondos el 7 de mayo de 2000, con efectividad a partir del 1° de julio del mismo año, a ING el 22 de febrero de 2001, efectivo a partir del 1° de abril de 2001 y nuevamente a Porvenir S.A. el 11 de junio de 2003, efectivo a partir del 1° de agosto de 2003.

Ahora bien, en la demanda se afirma que el demandante fue trasladado 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 las AFP demandadas, quienes obviaron 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 impresa 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 las AFP se obvió aportar medios de prueba que permitieran establecer en qué términos o forma fue que se le brindaron la información y asesoría debida al 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante:	Lucio Maca Vásquez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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.

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.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante:	Lucio Maca Vásquez
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

La Sala tampoco encuentra como el hecho de haber perdurado la afiliación del demandante en el régimen privado durante varios años, o, el traslado entre AFPs 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, 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 al demandante para efectos de su vinculación, tenía los conocimientos necesarios para efectuar tal labor.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

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 1995, 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.

De igual forma, esta instancia considera que fue acertada la decisión de ordenar a Porvenir S.A. que efectuara las devoluciones pertinentes ante Colpensiones, habida cuenta que, si bien no se desconoce que la afiliación anterior del actor lo fue a Cajanal; entidad que en virtud de lo consagrado en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, de manera temporal pasó a ser administradora del RPM, se trata de una entidad que en la actualidad ya no ejerce esa labor, siendo entonces lo correcto, que el actor sea vinculado a Colpensiones, que es la entidad que actualmente cumple la función de administradora del citado régimen. Declaratoria que en todo caso se debe resaltar, la Sala considera no es lesiva del principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, en tanto que las sumas que deben ser reintegradas al RPM por parte de la AFP demandada, serán utilizadas para el reconocimiento

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

del derecho pensional que llegue a causar en su momento la demandante.

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 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.

Gastos y/o comisiones por Administración:

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 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 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 naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se trata de rubros que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de las AFP, al no suministrar la debida información a través de sus

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: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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, 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, como pretende hacerlo ver la apoderada de la AFP Porvenir, 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

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: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

también de lo accesorio, pues en caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado a favor de la administradora de pensiones, respecto de quien se declara la ineficacia de traslado, precisamente por incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

Permitir que Porvenir 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 hubiese 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.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

Así las cosas, la Sala encuentra que no le asiste razón 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, a AFP Protección S.A. en calidad de absorbente de ING Pensiones y Cesantías, así como Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, también debían ser condenadas 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, descontaron 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la AFP Protección S.A. (antes IBG Pensiones y Cesantías), luego, serán las dos entidades, con cargo a sus propios recursos, como lo ha señalado la CSJ en providencia SL1561-2022, las llamadas a devolver a Colpensiones debidamente indexados, lo descontado por gastos de administración, primas de los seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima.

En consecuencia, en razón de lo antes dicho, se adicionará la providencia de primer grado, ordenando a la AFP Protección S.A., en calidad de absorbente de ING Pensiones y Cesantías, así como a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, que trasladen 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 descontaron 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, respecto de la AFP Protección S.A. antes ING Pensiones y Cesantías, entre el 1° de julio de 2000 y el 31 de marzo de 2001 y frente a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, entre el 1° de abril de 2001 y el 31 de julio de 2003.

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**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal 2° de la parte resolutive de la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, el 11 de septiembre de 2023, en el proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **LUCIO MACA VÁSQUEZ**, contra las **SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, en el sentido de **CONDENAR** a las AFP Protección S.A., en calidad de absorbente de ING Pensiones y Cesantías, y 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 descontaron 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, respecto de la AFP Protección S.A. antes ING Pensiones y Cesantías, entre el 1° de julio de 2000 y el 31 de marzo de 2001 y frente a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, entre el 1° de abril de 2001 y el 31 de julio de 2003. En lo demás se confirma la providencia de primera instancia.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2022-00018-01
Demandante: Lucio Maca Vásquez
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección S.A., Colpensiones y otros
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

cual la Secretaría de la Sala deberá pasar nuevamente el asunto a despacho.

TERCERO: RECONOCER personería adjetiva a la doctora Sandy Jhoanna Leal Rodríguez, identificada con la cédula de ciudadanía N° 1.032.473.725 de Bogotá y portadora de la tarjeta profesional N° 319.028 del CSJ, como apoderada de la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, en la forma y términos del poder que le fue sustituido.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

*Firma válida
providencia judicial*

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO PONENTE

*Firma válida
providencia judicial*

LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL

Con salvamento parcial de voto

*Firma válida
providencia judicial*

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL

Con aclaración de voto

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA SALA, DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUCIO MACA VASQUEZ, CONTRA PORVENIR, PROTECCIÓN, COLFONDOS Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2022-00018.

Con el acostumbrado respeto, me aparto de la decisión mayoritaria de incluir la condena en contra de la AFP del RAIS demandada, a la devolución de las sumas pagadas por concepto de las primas para la adquisición de los seguros previsionales, en primer lugar, porque no comparto el criterio relacionado con el pago de tales primas de los seguros previsionales con cargo al patrimonio de las AFP, al estar en contravía del tenor literal del artículo 20 de la Ley 100, en concordancia con el literal b) del artículo 60, en donde claramente se disponen los porcentajes de distribución de LAS COTIZACIONES de los afiliados, entre otros, para la compra de los seguros previsionales para beneficio de los afiliados.

Además, el legislador claramente asignó a las AFP del RAIS la función de ser simplemente administradoras de la cuenta individual de cada afiliado, como lo dispone expresamente el artículo 59 de la misma ley y estaba obligada por mandato legal a la compra de tales seguros previsionales, se insiste, cuyos beneficiarios son los afiliados, jamás las AFP, en la medida que las pensiones del RAIS se pagan con cargo a los recursos de la cuenta individual de cada afiliado, sin que las AFP cubran algún faltante con su propio patrimonio.

Para la compra de estas pólizas de seguros, las AFP sacan los recursos de los aportes de cada afiliado y a su vez Colpensiones del fondo común, toda vez que los beneficiarios del seguro son los afiliados.

Finalmente, porque tales negocios jurídicos con terceros de buena fe, sí conservan validez y producen efectos jurídicos, a pesar de la declaración de ineficacia del traslado.

Acorde con lo expuesto, respecto de estos gastos realizados por las AFP, en cumplimiento a un mandato legal, en favor del administrado, no procede ordenar la devolución como consecuencia de la declaración de la ineficacia del traslado de régimen pensional.



LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL



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

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	190013105002-2021-00018-01
Asunto:	Aclaración de voto

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

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

Frente a tal comunicación, resulta relevante 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].

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

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

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

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

En los términos referidos dejo fundamentada mi ACLARACIÓN DE VOTO.


*Firma válida
providencia judicial*

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