

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA.

Popayán, seis (06) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

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, le corresponde a la Sala entrar a resolver los recursos de apelación formulados por los apoderados judiciales de las demandadas AFP Porvenir SA y Colpensiones, frente a la Sentencia N° 024 de 6 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL**, adelantado por **CARLOS OVIDIO GAÓN PALOMINO** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN 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. **19-001-31-05-001-2018-00211-01**.

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

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES:

1.1. La demanda

Como antecedentes fácticos relevantes, se tienen los contenidos en la demanda, cuya copia obra en el anexo 4 del cuaderno principal del

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

expediente digital, a partir de la cual se pretende lo siguiente: **i)** se declare que la AFP Porvenir SA omitió cumplir sus obligaciones legales de suministro de información objetiva y verás respecto del demandante, al ofrecerle el cambio del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, el 24 de mayo de 1995; **ii)** declarar la nulidad del cambio de traslado de régimen pensional, ocurrido el 24 de mayo de 1995; **iii)** declarar que la demandada debe restablecer al demandante en su condición de afiliado al RPM el cual ostentaba a 30 de junio de 1992, con el traslado de la totalidad de los dineros recibidos por concepto de aportes a pensión y bonos pensionales; **iv)** condenar a la AFP Porvenir SA a trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, en los términos del artículo 1746 del Código Civil y los rendimientos que se hubieren causado; así como a asumir con cargo a sus propios recursos, los deterioros y mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso por los gastos de administración en que se hubiere incurrido, de conformidad con lo previsto en el artículo 963 del Código Civil; y, **v)** se condene a las entidades demandadas al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

1.2. Contestación a la demanda

1.2.1. La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES- dio respuesta a la demanda mediante el memorial visible a folios 1 a 11 del anexo 8 cuaderno principal - expediente digital, señalando no constarle la mayor parte de los hechos, oponiéndose a las pretensiones y formulando las excepciones de fondo de: *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación del demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma”, inexistencia de la obligación” y “prescripción”.*

1.2.2. A su turno, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA** contestó la demanda, a través del memorial obrante en los folios 7 a 25 del anexo 11 del cuaderno principal - expediente digital, aceptando algunos hechos, negando otros y

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

oponiéndose a las pretensiones. En su defensa, formuló las excepciones de fondo de: *“prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación”, “la voluntad del hoy demandante denota el compromiso serio de pertenecer al RAIS, convalidando o saneando el presunto vicio alegado”, “falta de causa para pedir”, “buena fe”, “genérica”, “inexistencia de la obligación”, “Porvenir no puede ser compelido al reconocimiento de mermas o deterioro del bien administrado”, “asesoría pensional de la administradora” y “afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado”.*

1.2.3. Por su parte, la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP-**, dio respuesta a la demanda, mediante el memorial obrante en el anexo 17 del cuaderno principal – expediente digital, señalando no constarle la mayor parte de los hechos, oponiéndose a las pretensiones de la demanda y formulando la excepción previa de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* y las excepciones de fondo de *“inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido”, “prescripción” y “buena fe de la entidad demandada”.*

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez surtidas las audiencias de trámite correspondientes a la primera instancia, el Juez de conocimiento en audiencia pública llevada a cabo el 6 de abril de 2021 procedió a dictar sentencia en la cual resolvió: **(i)** declarar la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, ocurrido el 24 de mayo de 1995, ordenando a la AFP Porvenir SA trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales (en caso de contar con ellos) y los aportes para la garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración, éstos últimos debidamente indexados. **(ii)** Ordenar a la AFP Porvenir SA normalizar la afiliación del demandante en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalles de los aportes efectuados a Colpensiones, quien debe aceptar la referida afiliación y recibir todos los valores trasladados por Porvenir SA. **(iii)** Declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por Porvenir SA y Colpensiones. **(iv)**

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

declarar probada la excepción de fondo denominada falta de legitimación en la causa por pasiva presentada por la Ugpp. **(v)** Condenar en costas a la AFP demandada.

Con fundamento en sentencias de la SL de la CSJ, especialmente la sentencia SL 4360 de 2019, el juez de primer grado empezó por aclarar que asuntos como el presente deben ser resueltos aplicando la teoría de la ineficacia y no de la nulidad, en tanto no se debe analizar la existencia de vicios en el consentimiento al momento de efectuarse el traslado, sino la eficacia del acto a partir del suministro de la información debida, pues de conformidad con lo consagrado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la ineficacia del traslado es el castigo que se aplica a la violación de derecho del trabajador a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional al cual desea afiliarse.

Teniendo como soporte lo expuesto por la SCL de la CSJ en sentencia SL 1688 de 2019, precisó que el deber de información a cargos de las AFP existe desde su creación con la Ley 100 de 1993 y que con el paso del tiempo se ha venido incrementando, siendo factible identificar tres etapas, la primera denominada deber de información, consagrada en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, una segunda etapa, deber de información, asesoría y buen consejo, prevista en el literal 15 del artículo 3° de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 y una tercera etapa, de deber de información, buen consejo y doble asesoría, que nace con la Ley 1748 de 2014, siendo factible ubicar el caso del demandante en la primera etapa, como quiera que el acto de traslado al RAIS se verificó en el año 1995, en la que se exigía el suministro de información necesaria, verás y transparente, es decir, conforme el dicho de la Corte, información sobre las características, condiciones, acceso y servicio de cada uno de los regímenes pensionales, que permitieran al interesado conocer a plenitud sobre las ventajas y desventajas de su decisión; requisitos que en el presente caso, el A quo no encontró acreditados respecto del demandante.

Reiteró, aplicando lo dicho por la jurisprudencia especializada, que el simple consentimiento vertido sobre el formulario de afiliación es insuficiente

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

para dar por acreditado el cumplimiento de la obligación de suministrar la información debida y qué, en asuntos como el presente, la carga de la prueba se invierte a favor del afiliado, cuando en la misma demanda se parte de afirmar que no se recibió la información debida al momento de la afiliación.

En cuanto al tema de la prescripción señaló que dicha figura es inaplicable en temas relacionados con la ineficacia del acto de traslado y que la oportunidad de la información debe ser analizada al momento en que se realizó el mencionado acto jurídico, que para el presente caso se remonta al año 1995, cuando el demandante realizó el traslado al RAIS, según da cuenta el formulario de vinculación a la AFP, aportado con la con la contestación de la demanda, sin que se pueda advertir a partir de otros medios de prueba, que se le suministró la información debida, como quiera que sobre tal aspecto nada acreditó la AFP demandada.

Consideró que era procedente declarar la ineficacia del traslado y ordenar a Porvenir SA trasladar a Colpensiones todo lo que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, rendimientos bonos pensionales en caso de contar con ellos, los aportes para la garantía de pensión mínima y los gastos de administración, estos últimos indexados.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Inconformes con la decisión de primera instancia, tanto la apoderada judicial de la AFP Porvenir SA como la apoderada de Colpensiones, formularon recursos de apelación.

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

La apoderada de la AFP Porvenir SA formuló recurso de apelación, en cuanto a la orden relativa a trasladar a Colpensiones el rubro denominado gastos de administración. Al respecto, indicó que el artículo 39 del Decreto 656 de 1994, a través del que se estableció el régimen jurídico y financiero de las administradoras de pensiones, consagra que constituyen

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

ingresos de las sociedades que administren fondos de pensiones, las comisiones de administración a que tiene derecho; determinando la referida norma de manera taxativa, los conceptos por los cuales se pueden cobrar comisiones, los fondos, los montos máximos y sus condiciones.

Así mismo, indicó que el artículo 1° de la Resolución N° 2549 de 1994, establece que las entidades que administren fondos de pensiones podrán determinar libremente el porcentaje y la base sobre la cual se cobre la comisión por administración frente a cotizaciones obligatorias, al igual que la periodicidad de su cobro dentro del año calendario, con sujeción al límite de tasa previsto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, de ahí que para efectos del presente caso, los gastos de administración correspondan a las gestiones realizadas por Porvenir para invertir los aportes del actor en el mercado de valores, en aras de generar rendimientos que mensualmente fueron depositados en la CAI.

Manifestó que la declaratoria de ineficacia desconoce que el recurso o talento humano involucrado en la gestión de hacer rendir los dineros de la CAI fue óptima y Porvenir lo remuneró de buena fe, por lo que ordenarle devolver lo pagado por un trabajo especializado, constituye una inequidad en contra de la AFP y desconoce las reglas fijadas en el artículo 1746 del Código Civil sobre restituciones mutuas. Resaltó que si el efecto de la declaratoria de ineficacia es que las cosas vuelvan al estado que se encontraba con antelación al traslado, que lo fue el 24 de mayo de 1995, para esa época no se contemplaba la existencia de rendimientos financieros, solamente existían los aportes en el RPM, porque para efectos de la pensión por vejez allí prevista, solo hay que cumplir con una edad mínima y una densidad de semanas, destinándose los aportes a un fondo que es común, del cual posteriormente Colpensiones dispone para pagar las mesadas pensionales afiliados a ese régimen que adquieren el estatus pensional.

Después de hacer alusión a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en providencia de 24 de febrero de 2003, radicado 6610, señaló que en vista de los efectos de la declaratoria hecha en la sentencia, no era dable ordenar de devoluciones por concepto de rendimientos financieros y aportes

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

para la garantía de pensión mínima, en tanto los mismo no existían para el año de 1995 ni ahora en el RPM, constituyendo entonces estos un plus para Colpensiones, quien recibirá de golpe unos aportes con unos rendimientos que finalmente no benefician al demandante, sino que serán utilizados para cubrir el déficit que tiene la entidad para el pago de las mesadas pensionales. Precisa que el traslado o no de los rendimientos, en nada afectaría la situación particular del actor, a quien el derecho le será promediado, sobre los sueldos devengados en los 10 años anteriores a la fecha de la causación de la pensión de vejez.

3.2. Del recurso de apelación formulado por Colpensiones EICE:

La apoderada judicial de Colpensiones formuló recurso de apelación, señalando que en el presente caso no se acreditó que el demandante no recibió una debida asesoría por parte de los asesores de la AFP Porvenir SA, al momento de efectuar el traslado de régimen pensional. Así mismo, en caso de decirse la confirmación de la providencia, solicitó la modificación o adición de la sentencia, para que en la misma se incluya la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, tal y como lo ha dispuesto la CSJ SL en providencia SL1421 de 2019, radicado 56174 de 10 de abril de esa anualidad, en tanto la ineficacia trae aparejada como consecuencia, la devolución de todos los actos generados en el RAIS, de ahí que las administradoras tengan el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación.

Refirió que para negar la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora no es suficiente manifestar que sobre dicho rubro no se hace referencia en la parte resolutive de las sentencias de la Corte o que dentro del proceso no se demostró que la AFP hubiere recibido esos valores, tal y como lo ha venido sosteniendo el Tribunal de Popayán. Señaló que no retornar a totalidad de los valores que hubiese recibido la AFP con motivo de la afiliación del demandante constituiría un enriquecimiento sin causa para el fondo, en perjuicio de Colpensiones; entidad que es la que finalmente tendría que reconocer las prestaciones del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, desconociendo que para contratar las sumas adicionales el fondo realizó descuentos mensuales de los aportes de

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

los afiliados que ahora deben ser trasladados a Colpensiones, en tanto hacen parte de los dineros generados como consecuencia de la afiliación de la demandante al RAIS; afiliación que al ser declarada ineficaz, hace retrotraer la afiliación de la demandante al estado en que se encontraba antes de que se diera, acarreado con ello la devolución de todos los dineros aportados y generados en el RAIS, máxime, cuando no se tiene certeza si los mismos sean suficientes para financiar la pensión del actor en el RPM o las pensiones de invalidez y sobrevivientes, ya que, de los aportes por él realizados, se autorizó a la AFP a hacer unos descuentos por las sumas adicionales. Finalmente, la recurrente alegó que la declaratoria de ineficacia implica que el traslado de los aportes debe ser íntegra y no parcial.

4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

En firme el auto que admitió la apelación, se dio traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días a cada una, conforme lo dispuesto el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

En este punto es importante resaltar que los alegatos no constituyen una oportunidad adicional para cambiar o adicionar los fundamentos del recurso de apelación y a ellos se contraerá la Sala al resolver la alzada. Dentro de las oportunidades concedidas, tanto la parte demandante como las demandadas, a excepción de Colpensiones, presentaron escritos de alegatos, así:

4.1. La parte demandante, a través de su apoderado judicial solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, a fin de que no se vulneren los derechos fundamentales y laborales del actor. Indicó que el Sistema General de Pensiones ha ido evolucionando; que la Ley 1151 de 2007 creó la Ugpp y en el Decreto 2196 de 2009 se estipuló que dicha entidad reconocería las pensiones de Cajanal EICE en liquidación.

4.2. La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, en síntesis, reiteró lo dicho al fundamentar la alzada, relativo a que al ordenar que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

traslado de régimen pensional, se restituyan los valores que cobraron los fondos privados a título de gastos de administración, se desconocen las reglas sobre restituciones mutuas (artículo 1746 del Código Civil), pues, a pesar de que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. ejecutó cabalmente sus obligaciones y, en tal virtud, generó una rentabilidad a favor del afiliado, aquellas gestiones se dejan sin la correlativa compensación a la que tiene derecho la entidad, siendo por ello imposible retrotraer los efectos de las labores de administración desarrollados por Porvenir, que ya se encuentran consolidados. Manifestó que no es procedente ordenar la restitución de las sumas percibidas por ese concepto, pues con ello se estaría quebrando el equilibrio por el que se debe propender con las restituciones mutuas. Por lo tanto, solicitó respecto del citado rubro, la revocatoria de la sentencia.

4.3. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-, en sus alegatos, solicitó la confirmación de la providencia de primer grado. Al respecto, inició haciendo un recuento sobre la creación del Sistema General de Pensiones con la expedición de la Ley 100 de 1993, en la que, se dejó a cargo del entonces ISS, la administración del RPM, quedando así temporalmente deshabilitada Cajanal en la administración del citado régimen, quien en razón de lo previsto en el Decreto 2196 de 2009, a partir del mes de julio de ese año, debió trasladar a sus afiliados al entonces ISS, y por efectos de la Ley 1151 de 2007, la Ugpp la encargada del reconocimiento y pago de los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de los servidores públicos.

Por lo tanto, refirió que, en el presente asunto, en razón de la declaratoria de ineficacia, es Colpensiones la entidad que debe asumir la administración de los aportes del demandante.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

1149 de 2007, es esta Sala de Tribunal competente para conocer de la alzada propuesta por la parte demandada –Porvenir SA 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, 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 SA y Colpensiones, la Sala considera como problemas jurídicos a resolver los siguientes:

5.2.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto afiliación y/o traslado del demandante al RAIS?

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

5.2.3. ¿Debió incluirse dentro de los valores a devolver por parte de la AFP Porvenir SA, lo que fue descontado de la cotización obligatoria con destino a la garantía de pensión mínima?

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

5.2.4. Fue acertado no incluir dentro de los valores que se impuso devolver a la AFP Porvenir SA, el rubro denominado “sumas adicionales de la aseguradora”.

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, como quiera que en el presente caso, por parte de la AFP demandada no se acreditó que de manera previa al traslado del actor, le suministró información completa y suficiente sobre los beneficios y las consecuencias que el referido cambio podía 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 SA, en cuanto a trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, a título de cotizaciones, bonos pensionales (de ser el caso), gastos de administración y rendimientos y aportes con destino a pensión de garantía mínima, como quiera que dichos rubros hacen parte de las restituciones mutuas que por ley deben realizarse, no sucediendo lo mismo con las “sumas adicionales de la aseguradora”, en tanto se trata de un rubro que no es dable reconocer en el presente asunto.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

Por lo anterior, es claro que la libertad y voluntariedad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, 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: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP 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 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.

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,

¹ El citado artículo indica que las administradoras del RAIS tendrán la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas, y éstos, el deber de manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entienden las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan al fondo.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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.

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.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

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

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

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

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).

² Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, sentencia de 09 de junio de 2016, proceso radicado 76001-3105-012-2014-00744-01. M. P. Leomara del Carmen Gallo Mendoza.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Ahora bien, descendiendo al caso sometido a estudio, de los medios de prueba aportados y practicados dentro de la actuación judicial (expediente digital), entre los cuales se encuentran: historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir SA (fls. 9 a 17, anexo 3); certificado de afiliación a Porvenir (fl. 1, anexo 3); certificación laboral expedida por la Desaj Popayán (fl. 45, anexo 3); certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP (fl. 27 anexo 11), solicitud de vinculación a Porvenir N° 01639684, solicitud de vinculación a Horizonte Pensiones y Cesantías y otra solicitud de vinculación a Porvenir (fls. 29 a 30 anexo 11); se tiene que el demandante, durante el periodo comprendido entre el 22 de septiembre de 1989 al 30 de junio de 1992, laboró para la Rama Judicial, periodo en el que, al parecer, con fines pensionales se realizaron aportes a la Caja Nacional de previsión Social. Así mismo, se advierte que, a partir del 24 de mayo de 1995, suscribió formulario de vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir SA, haciéndose efectivo el traslado a partir de la misma data. La citada documental permite corroborar que estando en el RAIS, el 29 de marzo de 2000, el actor se trasladó a la entonces AFP Horizonte Pensiones y Cesantías, para posteriormente retornar a Porvenir, el 1° de enero de 2002.

En la demanda se afirma que por parte de la AFP se incumplió con el deber de suministrar al demandante de manera previa a la materialización del acto de traslado de régimen y durante toda la vinculación, información adecuada, suficiente y cierta que le permitiera conocer con certeza, las implicaciones de esa decisión; afirmación que la Sala encuentra no fue desvirtuada por Porvenir SA, con quien se materializó el traslado de régimen pensional, tratando de acreditar el cumplimiento del deber de asesoría, con el simple aporte del formulario de vinculación, que si bien da cuenta de la manifestación de voluntad del demandante, pues de ello da cuenta su firma, no permite constatar que se trató de una manifestación debidamente informada, en los términos que precisa el criterio jurisprudencial que actualmente impera.

Es decir, por parte de la AFP se obvió aportar los medios de prueba que permitieran establecer en qué términos o forma fue que le brindó la asesoría debida al actor, lo cual era de suma importancia, pues dadas las

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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.

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: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Y es que la Sala tampoco encuentra como el hecho de haber perdurado la afiliación del 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.

Es precisamente 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 del fondo de pensiones, que para desvirtuarla debía acreditar la ocurrencia del hecho contrario, esto es, que por parte de esa entidad si se brindó la asesoría debida y como no lo hizo, generó que la decisión resultara adversa a sus intereses.

Es entonces, ante la falta de pruebas que permitan desvirtuar las negaciones indefinidas expuestas en la demanda, y por el contrario, el cumplimiento de las normas relativas al suministro de información suficiente, amplia y oportuna, así como en aplicación a las sub reglas fijadas por la jurisprudencia especializada en torno a la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por deficiencia o indebida asesoría, que resultan también aplicables a los casos de vinculación por primera vez, que esta Sala considera como acertada, la decisión de declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional que en su momento efectuara el actor,

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

imponiéndole a la AFP demandada afrontar la devolución de los dineros que recibió por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y aportes con destino a la garantía de pensión mínima, no solo porque fue la entidad que recibió las cotizaciones, sino también porque es importante recordar que al tenor de lo contemplado en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, que fueron compilados en los artículos 2.2.7.4.1³. y 2.2.7.4.3⁴ del DUR 1833 de 2016, los promotores que lleguen a ser utilizados por las AFPs, estaban en el deber de suministrar a los posibles afiliados en el momento de promocionar la afiliación, información suficiente, amplia y oportuna, so pena de hacer responsable a la respectiva administradora, de cualquier infracción, error u omisión, que llegare a causar algún tipo de perjuicio a los intereses de los afiliados.

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 del recurso de apelación.

³ **ARTÍCULO 2.2.7.4.1. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES.** Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelanta sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.

Los costos que generen los convenios que celebren las sociedades administradoras del sistema general de pensiones con los promotores no podrán trasladarse, directa o indirectamente, a los afiliados.

⁴ **ARTÍCULO 2.2.7.4.3. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES.** Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

● **Del segundo problema jurídico planteado:**

Respecto de este ítem, relacionado con determinar si fue acertado ordenar a la AFP demandada que además de los valores que percibió por concepto de “cotizaciones”, devolviera también las sumas que en su momento descontó a título de “**gastos de administración**”, la respuesta es afirmativa.

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada⁵, la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, que no es otra cosa, que desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

Igualmente, se ha dicho que la declaratoria de ineficacia trae aparejada, en lo posible, la obligación de efectuar entre los contratantes, las respectivas restituciones mutuas, tal y como lo prevé el artículo 1746 del Código Civil, para el caso de las declaratorias de nulidad, que en sus efectos es predicable por analogía a los casos de ineficacia. Por lo tanto, tales restituciones implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a este, los valores que el citado régimen debió recibir, de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal corresponde al mismo porcentaje en los dos regímenes pensionales, pues así se deriva del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003 y artículo 1° del Decreto 4982 de 2007⁶.

Si bien no se desconoce que tanto en el RPM como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender

⁵ CSJ SL-1688 de 2019.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se trata de rubros que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados⁷.

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

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

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

● **Del tercer problema jurídico planteado:**

En relación con el interrogante encaminado a determinar si en el presente caso, dentro de los valores que la AFP Porvenir SA debe trasladar

⁷ Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

a Colpensiones, debía incluirse lo relacionado con la garantía de la pensión mínima, la respuesta de la Sala es afirmativa.

En efecto, a partir 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 797 de 2003, en concordancia con lo previsto en el artículo 1° de Decreto 4982 de 2007, se tiene respecto de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que el porcentaje general del 16% del IBC o en otras palabras, la cotización, se distribuye de la siguiente manera: el 11.5% para la cuenta individual de ahorro pensional; el 3% para financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y el 1.5% para asegurar la garantía de pensión mínima.

Entonces, como quiera que el *A quo* precisamente fue claro al indicar que Porvenir debe trasladar a Colpensiones todo lo que ha recibido por concepto de la afiliación de la demandante, debe entenderse incluido dentro de dicho rubro, lo que la AFP haya destinado para garantizar la garantía de pensión mínima, que es un dinero que se encuentra bajo su administración, habida cuenta de la inexistencia del fondo que inicialmente se previó crear con tal propósito, a raíz de la declaratoria de inexecutable del artículo 14 de la Ley 797 de 2003.

● **Del cuarto problema jurídico planteado:**

Respecto de este ítem, relacionado con determinar si la sentencia de primera instancia debió incluir en los valores a trasladar por parte de la AFP Porvenir SA a Colpensiones, lo concerniente a sumas adicionales de la aseguradora, se habrá de señalar lo siguiente:

En virtud de lo consagrado en el artículo 63 de la Ley 100 de 1993, el rubro denominado "*sumas adicionales de la aseguradora*" no hace parte de la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, ni tampoco constituye un capital que se encuentre a cargo de las administradoras del fondo de pensiones, pues si se revisan los artículos 70 y 77 de la citada ley, lo que se avizora es que se trata de un valor que debe correr por cuenta de la

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

aseguradora con la que la AFP haya suscrito el seguro previsional, cuando en la cuenta individual del afiliado no exista el capital suficiente para financiar el pago de la pensión de invalidez o sobrevivientes según sea el caso.

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

Igualmente, es importante precisar que si bien la Sala no desconoce que sobre la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del acto traslado, ha hecho referencia la Sala de Casación Laboral en varias de sus providencias, citando como sentencia inicial la correspondiente al radicado 31989 de 2008, es importante precisar que es solo en su parte considerativa más no resolutoria que la Corte hace referencia a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, pero citando dicho rubro de manera enunciativa, al hacer referencia al deber de las administradoras de devolver al sistema, todos los valores que **hubiere recibido** con motivo de la afiliación. Por lo tanto, como en el presente asunto no está acreditado que la AFP Porvenir SA hubiere recibido respecto de la demandante sumas de dinero por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, no es viable disponer tal traslado.

Es necesario precisar que no es dable confundir el rubro denominado “*sumas adicionales de la aseguradora*”, con el valor de las primas correspondientes a los seguros contratados por las AFP con aseguradoras, para garantizar el pago de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, pues como quedó visto al resolver el presente problema jurídico, las sumas

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

adicionales solo se originan, cuando una vez causada la correspondiente pensión de invalidez o sobrevivientes, en la cuenta de ahorro individual del afiliado, no se cuenta con el capital necesario para solventar el pago de la respectiva prestación, siendo entonces de cargo de la correspondiente aseguradora, asumir el valor que hiciere falta.

Ahora, es importante precisar, a partir de lo consignado en el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia que ahora se revisa, que el *A quo* ordenó a la AFP Porvenir SA trasladar a Colpensiones, *“todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante”*, que no es otra cosa que la cotización completa, de la cual en su momento, la administradora hizo las deducciones correspondientes para el pago de las primas de los seguros colectivos y de participación para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

Luego entonces, esta instancia encuentra que la condena u orden impuesta a la AFP en la sentencia que ahora se revisa, incluye el valor que erróneamente, a título de *“sumas adicionales de la aseguradora”*, echa de menos la apoderada de Colpensiones, siendo entonces innecesario que por parte de esta instancia se ordene la devolución de un rubro que en efecto se ordenó devolver por el juzgador de primer grado y que de esa manera, garantiza que las cotizaciones que el actor realizó por más de 25 años en el RAIS, regresen de manera íntegra al RPM.

Esta Sala, con mayoría de sus integrantes, considera que 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, en su jurisprudencia, obliga a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada, que por la misma figura de la ineficacia debe operar para todos los valores que componen la cotización. 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

cuál si surgiere algún derecho u obligación, debería resolverse en proceso aparte entre las partes interesadas.

Lo anterior también, porque el valor de las pólizas de seguro se saca del 3% de la cotización, destinado para el pago de las mismas y los gastos de administración, pero nunca de la cuenta individual del afiliado y conforme lo dispone el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el Régimen de Ahorro Individual comprende el conjunto de entidades, normas y procedimientos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, los cuales están a cargo de Porvenir independientemente de cómo se financien, que en el caso de la pensión de sobrevivientes y de invalidez, se financian con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional, el bono pensional (si a ello hubiere lugar) y la suma adicional, que estará a cargo de la aseguradora.

Finalmente, permitir que Porvenir no devuelva el valor de las primas de los seguros previsionales, implica 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. Así mismo, en el proceso tampoco se ha demostrado que se contrató el seguro previsional ni el valor de la póliza que es colectiva y de participación, conforme al artículo 108 de la Ley 100 de 1993 y menos, cuál es el valor que de la respectiva prima de seguros le corresponde a la demandante afiliada en este proceso para que se pudiera proferir una decisión en concreto si llegare a ser procedente.

Así las cosas, sin necesidad de efectuar ningún otro planteamiento, se procederá a confirmar la sentencia de primer grado, con la consecuente condena en costas a cargo de las entidades demandadas AFP Porvenir SA y Colpensiones y favor del demandante, al no salir avantes los recursos de apelación.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP 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: CONFIRMAR la Sentencia No. 024 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, el 6 de abril de 2021, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **CARLOS OVIDIO GAÓN PALOMINO** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia a favor del demandante y a cargo de las demandadas AFP Porvenir SA y Colpensiones, a quienes se le resuelven de manera totalmente desfavorable 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 de esta instancia el valor de las agencias en derecho, para lo cual la Secretaría de la Sala deberá pasar nuevamente el asunto a despacho.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2018-00211-01
Demandante: Carlos Ovidio Gaón Palomino
Demandado: AFP Porvenir SA, UGPP y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

(Con salvamento parcial de voto)



*Firma válida
providencia judicial*

**CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL**