

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA.

Popayán, veinte (20) de agosto 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 las apoderadas judiciales de las demandadas AFP Porvenir SA y Colpensiones, frente a la Sentencia N° 032 de 4 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL**, adelantado por **MARLENE VALENCIA DORADO** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA** 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. **19-001-31-05-001-2020-00031-01**.

Prevía deliberación y aprobación del asunto con los restantes Magistrados, **LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTES** y **LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO**, 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 expediente digital, a partir de la cual la parte demandante pretende lo siguiente: *i)* se declare la nulidad del traslado que del RPM hizo al RAIS, por conducto de la administradora de Fondos de Pensiones Porvenir SA; *ii)*

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

declarar que la AFP Porvenir SA debe asumir con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos de administración; **iii)** ordenar a la AFP Porvenir SA, trasladar al RPM, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con los rendimientos que se hubieren causado; y, **iv)** condenar a las demandadas al pago de las costas 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 obrante en el anexo 12 cuaderno principal - expediente digital, señalando no constarle la mayor parte de los hechos, oponiéndose a las pretensiones y formulando las excepciones de fondo de: *“inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma”, “carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica”, “errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C.”, “retorno en cualquier tiempo al RPM, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera”, “indebida aplicación de la normatividad que regula la asesoría en el traslado entre regímenes pensionales – vulneración del principio de la confianza legítima”, “inoponibilidad por ser tercero de buena fe”, “inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado régimen”, “cobro de lo no debido”, 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 el anexo 14 del cuaderno principal - expediente digital, aceptando algunos hechos, negando otros y oponiéndose a las pretensiones. En su defensa, formuló las excepciones de fondo de: *“prescripción”, “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 laborales de tracto sucesivo”, “innominada o genérica”, “inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber*

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

tramitado el demandante formulario de afiliación al fondo de pensiones” y “debida asesoría del fondo”.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Una vez surtidas las audiencias de trámite correspondientes a la primera instancia, la Juez de conocimiento en audiencia pública llevada a cabo el 4 de mayo de 2021 procedió a dictar sentencia en la cual resolvió: **(i)** declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a la AFP Horizonte, suscrita el 31 de agosto de 1996. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo, siempre permaneció en el RPM; **(ii)** condenar a la AFP Porvenir SA, como última administradora a la cual se efectuaron los aportes, devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y los bonos pensionales. Valores que deben ser recibidos por Colpensiones. **(iii)** condenar a la AFP Porvenir SA normalizar la afiliación de la demandante en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalle de sus aportes a Colpensiones; **(iv)** negar la prosperidad de todas las excepciones de mérito propuestas por Colpensiones y la AFP Porvenir SA; y, **(v)** Condenar en costas a la AFP demandada y a Colpensiones.

En síntesis, como fundamento de la decisión, a partir de lo preceptuado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993, la Leyes 795 de 2003 y 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 incorporado al Decreto 2555 de ese mismo año, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015, la Circular Externa 016 de 2016, sobre doble asesoría, así como por la CSJ en su jurisprudencia, especialmente la providencia SL 1688-2019, indicó que la selección del régimen pensional es libre y voluntaria, teniendo las administradoras de los distintos regímenes, la obligación de suministrar la información necesaria y suficiente para la adopción de decisiones dentro del sistema; información que el juez deberá analizar, dependiendo de la época en que se haya tomada la decisión de efectuar el traslado de régimen pensional, pero que ha existido desde la

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

creación o fundación de las administradoras de fondos de pensiones, ya que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, privándolo de todo efecto, bajo la ficción jurídica de que el traslado nunca se realizó al RAIS, o más bien, que la persona continuó afiliada al RPM y no perdió los beneficios del régimen de transición.

Frente a las afirmaciones consignadas en formatos pre impresos de las administradoras de fondos de pensiones, en los que se indica que la afiliación se hace libre y voluntaria, apoyada en jurisprudencia de la CSJ SL, señaló que no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, como quiera que, de lo único que pueden dar fe es de la emisión de un consentimiento. De ahí que de señalarse en la demanda que la entidad no cumplió con el deber de información que le correspondía, es a las administradoras a las que les corresponde, bajo la inversión de la carga de la prueba, acreditar el hecho contrario.

Por lo tanto, como en el presente caso no se acreditó que la AFP hubiera suministrado a la afiliada información clara y precisa sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, incumpliendo con el deber que le asistía, la *A quo* refirió que resultaba procedente declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, más no de la nulidad, ordenando a Porvenir SA, como última administradora que recibió las cotizaciones de la demandante, que haga la devolución de los valores recibidos por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales, sin descontar valor alguno por concepto de cuotas de administración, sin que dicha devolución se haya visto afectada por el fenómeno jurídico de la prescripción, al tratarse de una figura que resulta improcedente en estos eventos, tal y como lo ha dicho la CSJ en providencias SL 12715-2014 y SL 4981-2020.

3. DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN.

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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

La apoderada de la AFP Porvenir SA formuló recurso de apelación frente a la orden impartida. Al respecto, indicó que el Sistema General de Pensiones se encuentra integrado por dos regímenes pensionales que coexisten, tienen sus propios requisitos y reglas, pero son excluyentes.

Indicó que, en el presente caso, la demandante se trasladó y vinculó a Porvenir SA, el 31 de agosto de 1996, aplicándose las reglas vigentes en cuanto al deber de información, esto es, lo indicado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, exigiéndose ahora un deber de asesoría que no existía para ese momento, con claro desconocimiento de las reglas generales sobre la aplicación de la ley en el tiempo, desarrolladas en la Sentencia C 239-2001 y el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, al igual que, con afectación al principio de confianza legítima, ya que Porvenir ha actuado en todos sus actos con la mayor buena fe.

Refirió que la orden dada a la AFP de devolver los dineros descontados por gastos de administración, desconoce las reglas existentes en materia de restituciones mutuas y quebranta el principio de enriquecimiento sin justa causa, ya que, desde la fecha de suscripción del formulario de afiliación, cumplió con los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, creando un contrato válido que generó derechos y obligaciones recíprocas para las partes. Por lo tanto, solicitó excluir los gastos de administración, para en su reemplazo dar aplicación al artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, conforme al cual, solo deben ser objeto de traslado entre regímenes, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual más los rendimientos, pero no los gastos de administración y los gastos de seguros previsionales, al tratarse de prestaciones ya acaecidas, a fin de que se respete la destinación de los aportes pensionales y la gestión de administración realizada por la AFP.

3.2. Del recurso de apelación formulado por Colpensiones EICE:

La apoderada judicial de Colpensiones formuló recurso de apelación frente a dos aspectos, el primero, relativo a la no acreditación de falta de

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

asesoría o información suficiente a la demandante al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional, y el segundo, relacionado con el hecho de que las devoluciones impuestas a la AFP demandada, no incluyeron los rubros denominados: indexación de los gastos de administración, el porcentaje con destino a la Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la aseguradora.

Señaló que dentro del proceso no se acreditó que por parte de la AFP se haya dado una información deficiente o indebida, destacando que las obligaciones previstas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, relacionadas con el deber de información, se suplen con el formulario de afiliación, ya que para la época del traslado de la demandante, los fondos no tenían la obligación de documentar las asesorías en documentos diferentes al formulario de vinculación; obligación que se ha venido imponiendo por vía jurisprudencial, siendo por ello necesario que la valoración del caso, se haga atendiendo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario. De la misma manera, solicitó tener en cuenta que, tanto la demanda como del interrogatorio absuelto por la demandante, permiten avizorar que no se está ante un caso de omisión, errónea o inadecuada información, sino de inconformidad sobre el monto de la mesada pensional.

Por otra parte, en caso de que el Tribunal dispusiera la confirmación de la declaratoria de ineficacia del traslado, solicitó la modificación o adición de la sentencia de primera instancia, en el sentido de incluir en los valores a trasladar por parte de Porvenir SA, la indexación de los gastos de administración, el porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la aseguradora, al tratarse de rubros que, conforme a la jurisprudencia actual, hacen parte de los valores que deben ser reintegrados al RPM. Sobre el particular, solicitó tener en cuenta lo señalado por la CSJ en providencias SL 1688-2019, AL 1251-2020, SL 2877-2020.

Manifestó que la inclusión de las sumas adicionales de la aseguradora es viable, de conformidad con lo señalado en la 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 de la 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 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, acarreando 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 de la actora en el RPM o la clase de prestación.

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 la oportunidad fijada, solo la AFP Porvenir SA presentó escritos de alegatos de manera oportuna, así:

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

4.1. La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA en el escrito de alegatos, reiteró solicitud encaminada a obtener la revocatoria de la decisión de primer grado, en cuanto al traslado de valores referentes a cuotas de administración, señalando que en virtud de lo preceptuado en el artículo 1503 del Código Civil, la demandante es una persona capaz que por haber firmado el formulario de afiliación, formalizó dicho trámite conforme a la regulación vigente para esa época, por lo que el objeto y la causa del traslado son lícitos, generando obligaciones recíprocas para las partes, para el afiliado la de pagar los aportes y para la administradora realizar las labores de administración, por lo que solicita que en casos como el presente, se tenga en cuenta la estabilidad y el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, a fin de revocar la orden relacionada con el traslado de los recursos destinados a los gastos de administración, regulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y en su reemplazo, se ordene que se efectué el traslado de recursos entre regímenes, en la forma establecida en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

5.1. COMPETENCIA: En virtud de lo consagrado en el artículo 66 del C.P.T.S.S., con la modificación incorporada por el artículo 10 de la ley 1149 de 2007, es esta Sala de Tribunal competente para conocer de la alzada propuesta por la parte demandada –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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 de la demandante al RAIS?.

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

5.2.3. Fue acertado no incluir dentro de los valores que se impuso devolver a la AFP Porvenir SA, la indexación de los gastos y/o comisiones por administración y el rubro denominado ***“sumas adicionales de la aseguradora”***.

5.2.4. ¿Debió ordenarse a la AFP Porvenir SA trasladar a Colpensiones, sumas de dinero por concepto de la garantía de pensión mínima?

5.3. TESIS DE LA SALA: La tesis de la Sala frente a los cuestionamientos planteados se orienta a **confirmar** la sentencia de primera instancia, como quiera que por parte de la AFP demandada no se acreditó que de manera previa al traslado de régimen pensional, le suministró a la demandante información completa y suficiente sobre los beneficios y las consecuencias que el referido cambio podía generar frente al derecho pensional, siendo por ello acertada la decisión de declarar la ineficacia del referido traslado; siendo igualmente acertada la orden impartida a Porvenir SA, en cuanto a trasladar a Colpensiones, todos los

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, es esto es, lo recibido por concepto de cotizaciones y rendimientos financieros; cotizaciones que conforme a las distribuciones señaladas por la ley, está conformada por los recursos destinados a la cuenta individual de ahorro pensional, los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y la garantía de pensión mínima. Declaratoria de ineficacia respecto de la que no resulta aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción, ni tampoco da lugar a la restitución del rubro denominado *“sumas adicionales de la aseguradora”*.

5.3.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

• Del primer problema jurídico:

En la forma como fue concebido el Sistema de Seguridad Social Integral que trajo consigo la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes que éste 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.

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 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,

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 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.

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:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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.*

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.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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

Ahora bien, descendiendo al caso sometido a estudio, de los medios de prueba aportados y practicados dentro de la actuación judicial (**anexos 3 y 14** del cuaderno primera instancia - expediente digital), entre los cuales se encuentran: copia de la historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir SA, copia de certificación de vinculación a la referida AFP, copia del formulario de vinculación a la AFP Horizonte SA, y certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP, se tiene que la demandante desde hace varios años viene efectuando cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente manera: al **Régimen de Prima Media con Prestación Definida**: desde el 25 de mayo de 1984 y hasta el 30 de junio de 1995, de manera interrumpida, a través del extinto ISS, hoy Colpensiones y en el **Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-**, desde el 1° de octubre de 1996, fecha en la que se hizo efectivo el traslado de régimen pensional que la demandante realizara a la entonces AFP Horizonte SA, a través de formulario de

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:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

afiliación suscrito el 31 de agosto del mismo año. AFP en la que permaneció hasta el 1° de enero de 2014, en tanto que a partir de esa fecha pasó a ser afiliada de Porvenir SA, por efectos de la cesión por fusión que se dio entre las referidas AFPs.

En la demanda, se afirma que el promotor de la AFP incumplió con el deber de suministrar a la demandante de manera previa a la materialización del acto de traslado de régimen, información adecuada, suficiente y cierta; afirmación que la Sala encuentra no fue desvirtuada por Porvenir SA, que comparece al proceso como entidad responsable de los actos realizados por su antecesora Horizonte 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 de la demandante, pues de ello da cuenta su firma, no permiten 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 a la demandante, lo cual era de suma importancia, pues dadas las condiciones de orden legal que rigen el actuar de la administradoras de fondos de pensiones, constituye un deber y no una simple liberalidad, el suministro de información o asesoramiento integral sobre el producto que se ofrece, para de esa manera poder entender que cuando se acepta el servicio ofrecido, el usuario lo hace con el pleno conocimiento tanto de los beneficios como de las consecuencias, y por ende, obedece a una decisión adoptada de manera consiente y voluntaria, pues no sería lógico que ante un derecho de tanta importancia como lo es la pensión, el afiliado acepte cambiar las condiciones que ya traía, por unas que hagan más dificultosa la consolidación del derecho, o en su defecto, generen la reducción o mengua del mismo.

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 de la pretendida afiliada, el hecho que genera la ineficacia del acto de traslado, pues el Fondo de Pensiones no ejerció ninguna labor probatoria

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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, que estaban vigentes para el año 1996, fecha en que se dio el traslado, 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 esta Sala considera como acertada, la decisión de declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional que en su momento efectuara la demandante, imponiéndoles a la AFP demandada afrontar la devolución de los dineros que recibió por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, en caso de haberse recibido, rendimientos financieros y gastos de administración, 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

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.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 de revisión.

● **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 el rubro denominado “**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

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.

⁵ CSJ SL-1688 de 2019.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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.

De la misma manera, 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 2007.

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 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 afiliados⁶.

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

⁶ 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:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

“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, sin que sea viable tener en cuenta lo previsto en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, en tanto que, lo allí consagrado, se estipuló para casos de restituciones entre regímenes debido a una multifiliación, que no es el caso que aquí se presenta.

● **Del tercer 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 la indexación de lo descontado por concepto de gastos y/o cuotas de administración y a sumas adicionales de la aseguradora, se habrá de señalar lo siguiente:

Indexación de las sumas descontadas por la AFP por concepto de gastos y/o comisiones por administración.

En cuanto a este interrogante, la respuesta de la Sala habrá de negativa, por una parte, porque es importante clarificar que la indexación no fue un aspecto que haya sido objeto de pretensión como para que pueda ser objeto de análisis, máxime, cuando quien la echa de menos no es la parte actora sino uno de los extremos pasivos de la litis, que busca que una

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

de las condenas impuestas a las otras co-demandadas, se amplíen sobre rubros no solicitados con la demanda y por otro lado, porque en la forma en que se está ordenando la devolución de las cotizaciones, esto es, incluyendo los rendimientos financieros generados por el capital que fue destinado a la cuenta de ahorro individual, la misma no retorna al RPM desmejorada.

Al respecto, conforme lo previsto en la ley, es importante recordar que las AFP deben invertir los recursos existentes en las cuentas individuales, en el fondo o fondos de pensiones elegidos por los afiliados, a fin de que aquellos obtengan rendimientos, respecto de los cuales, incluso a fin de prever que no sufran desmejoras, precisó que es una obligación de la administradora, garantizar una rentabilidad mínima, de ahí que si la orden dada a raíz de la declaratoria de ineficacia es que las AFP trasladen a Colpensiones el valor recibido por concepto de cotizaciones más los rendimientos financieros, entiende la Sala que el sistema ya tiene prevista su propia dinámica económica para mejorar esos recursos y por eso no es viable reconocer sumas adicionales, ni siquiera por vía de indexación frente a las cotizaciones, rendimientos financieros ni gastos y/o comisiones por administración, pues cuando la cotización retorna al RPM por declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, ya los recursos del afiliado regresan incrementados.

Si bien la Sala no puede desconocer que en las providencias SL1688-2019 y SL2817-2019 la Corte dispuso que las AFP devolvieran debidamente indexadas a Colpensiones las sumas que descontaron por concepto de gastos y/o comisiones de administración, considera que las mismas no pueden ser aplicadas al presente caso, como quiera que en aquellos asuntos el reconocimiento de la indexación si fue objeto de las pretensiones, evento este que no tiene ocurrencia en el sub judice.

Igual sucede con lo resuelto en la providencia AL 1251-2020, que trae a colación en sus alegatos la apoderada de Colpensiones para soportar el reconocimiento de la indexación, en tanto de su revisión, es dable resaltar que no es un asunto en que la Sala Laboral de la Corte Suprema, de manera expresa, haya aceptado la procedencia de la indexación respecto de los valores descontados por concepto de gastos de administración, sino

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

que se limitó a tenerlos en cuenta, a efectos de cuantificar el interés para recurrir en casación, que le asistía a la AFP demandada, a fin de determinar si en el caso que estaba revisando, resultaba procedente el recurso de casación, pues recuérdese que en esos casos, tratándose de la parte demandada, el interés para recurrir en casación se fija, atendiendo al valor de las condenas que le fueron impuestas.

De las sumas adicionales de la aseguradora.

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 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, 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 señalar 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

resolutiva, 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 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, a partir de lo consignado en el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia que ahora se revisa, se advierte 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 la demandante realizó por más de 25 años en el RAIS, regresen de manera íntegra al RPM.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

Argumentos que igualmente sirven para dar respuesta a la apelación de la AFP Porvenir SA, cuando indica que no es viable ordenar la devolución de los valores destinados al pago de las primas previsionales, y ello además, porque 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 la cita jurisprudencial anterior, 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 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

100 de 1993 y menos, cuál es el valor que de la respectiva prima de seguros le corresponde a la demandante afiliada en este proceso para que se pudiera proferir una decisión en concreto si llegare a ser procedente, por lo que también, por falta de prueba es imposible que prospere la inconformidad respecto de la devolución de las primas del seguro previsional.

• **Del cuarto 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 a Colpensiones, debía incluirse lo relacionado con garantía de la pensión mínima, la respuesta de la Sala es afirmativa, aunque advirtiendo que no hay lugar a efectuar ninguna modificación a la sentencia, en tanto que la orden emitida por el *A quo*, incluyó todos los valores que la administradora recibió con motivo de la afiliación de la demandante, es decir, la totalidad de las cotizaciones, de las cuales, en aplicación de las normas que regulan el sistema de seguridad social en pensiones, para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se debieron hacer las deducciones con destino a la garantía de pensión mínima.

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 la *A quo* precisamente fue clara 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,

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

habida cuenta de la inexistencia del fondo que inicialmente se previó crear con tal propósito, a raíz de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 14 de la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, sin necesidad de efectuar algún otro planteamiento y atendiendo lo señalado en las consideraciones de esta providencia, se habrá de confirmar en todas sus partes, la sentencia objeto de revisión, con la consecuente imposición de condena en costas de segunda instancia a cargo de las entidades demandadas y a favor de la 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**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 032 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, el 4 de mayo de 2021, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **MERLENE VALENCIA DORADO** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, 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 de la demandante y a cargo de las demandadas Colpensiones y Porvenir SA, a quienes se les resuelve desfavorablemente los recursos de apelación que formularon. 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-001-2020-00031-01
Demandante:	Marlene Valencia Dorado
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

igualmente por edicto, que deberá permanecer fijado por un día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y de la SS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

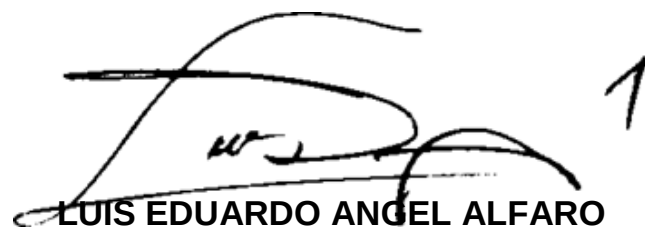
Los Magistrados,



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS
Con salvamento parcial de voto



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO