

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
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, diecisiete (17) de marzo 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 entidades demandadas, frente a la Sentencia de 3 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **ÁLVARO CRISTOBAL URRUTIA BRAVO**, contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**; al igual que el grado jurisdiccional de consulta que sobre la referida providencia debe agotarse en favor de esta última entidad. Asunto radicado bajo la partida No. **19-001-31-05-002-2020-00039-01**.

Previa deliberación y aprobación del asunto con los restantes Magistrados, **LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTES** y **FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**, 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 3, cuaderno principal - expediente

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

digital, a partir de la cual la parte demandante pretende lo siguiente: **i)** se declare la ineficacia del traslado y afiliación que el demandante realizó al RAIS; **ii)** declarar para todos los efectos legales que el actor nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo permaneció en el RPM; **iii)** declarar que Porvenir SA debe trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, los rendimientos que se hubieren causado y el porcentaje de gastos de administración con cargo a su propio patrimonio; **iv)** condenar a Porvenir SA al pago de los respectivos intereses, respecto de las sumas objeto de traslado; y, **v)** condenar a las demandadas al pago de las costas procesales y demás derechos que llegaren a quedar acreditados en virtud de las facultades de *ultra y extra petita*.

1.2. Contestación a la demanda.

1.2.1. La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA al ejercer su derecho de contradicción con la contestación de la demanda, visible en el anexo 9 del cuaderno principal - expediente digital, señaló no constarle la mayor parte de los hechos, se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y propuso 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 tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones”* y *“debida asesoría del fondo”*.

1.2.2. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- dio respuesta a la demanda mediante el memorial cuya copia obra en el anexo 22, cuaderno primera instancia - expediente digital, aceptando algunos hechos y negando otros, oponiéndose a las pretensiones y formulando las excepciones de fondo de: *“inexistencia de la obligación”, “indebida interpretación de las normas en materia de asesoría de*

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

traslado pensional”, “inexistencia de vicio en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la (sic) demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma”, “imposibilidad de alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos”, “buena fe”, “la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones “prescripción” e “innominada o genérica”.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Una vez surtidas las audiencias de trámite correspondientes a la primera instancia, el Juez de conocimiento en audiencia pública llevada a cabo el 3 de diciembre de 2020, procedió a dictar sentencia en la cual en aplicación a lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, resolvió: (i) declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, que a partir del 7 de abril de 2000 efectuara el demandante, a través de Porvenir SA, ante la ausencia de un consentimiento voluntario e informado en la escogencia del RAIS. **(ii)** declarar que el demandante conservó el derecho a permanecer en el RPM hoy administrado por Colpensiones y en consecuencia se condenó a Porvenir SA como última administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como: cotizaciones, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, si es del caso, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado. Valores que señaló el *A quo* deben ser recibidos por Colpensiones. **(iii)** negó la excepción de prescripción, y; **(iv)** condenó a Porvenir S.A. a pagar las costas del proceso, estimando las agencias en derecho en suma equivalente a 2 smlmv.

Como fundamento de la decisión el *A quo* expuso que, en este evento, ante la ausencia de pruebas en el cumplimiento del suministro de información clara y suficiente en la afiliación que al RAIS efectuara el demandante, resultaba procedente declarar la ineficacia de tal acto, en atención de lo consagrado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y en lo precisado por la CSL a través de providencias SL 1452-2019, SL 56174 y SL 1421-2019. De la misma manera indicó que en el presente asunto no tuvo operancia el fenómeno jurídico de la prescripción.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Inconformes con la decisión de primera instancia, tanto la apoderada de Porvenir S.A. como el apoderado de Colpensiones formularon recursos de apelación.

3.1. Del recurso de apelación formulado por Porvenir SA.

La apoderada de Porvenir SA manifestó formular recurso de apelación frente a la condena relacionada con la devolución de gastos de administración y sumas adicionales giradas por la aseguradora.

Al respecto, indicó que en el SGP coexisten el RAIS y el RPM, que son excluyentes entre sí, en tanto los requisitos contemplados para la obtención de la pensión son totalmente diferentes, así como la distribución de la cotización. Preciso que en el RPM las condiciones para causar cada prestación han sido definidas con anticipación, mientras que en el RAIS, concretamente, para la pensión de vejez, depende del capital ahorrado por el afiliado en la cuenta de ahorro individual.

Refirió que en el caso del actor, Porvenir se ajustó a lo preceptuado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que permite destinar el 3% de la cotización, para financiar los gastos de administración; que la suscripción del formulario de afiliación por parte del actor se efectuó de manera libre y voluntaria, creando un contrato válido dentro del SGP, en el que las actuaciones de administración desplegadas por la AFP han sido realizadas de buena fe, con el propósito que lo ahorrado produzca rendimientos y que los dineros destinados a contratar con la aseguradora, lo han sido para amparar las contingencias de invalidez y sobrevivencia, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la ley, sin que en el presente caso se hayan generado sumas adicionales de la aseguradora, considerando que la orden de devolver los gastos de administración generaría un enriquecimiento injustificado para la parte demandante y un empobrecimiento para la AFP, que en su actuar se ajustó a lo previsto en la ley y reglamentos.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

A efectos de las devoluciones, solicitó la aplicación de lo previsto en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, que precisa la forma en que operan los traslados de recursos entre regímenes, esto es, sin incluir lo referente a gastos de administración y seguros previsionales y lo indicado por la Superintendencia Financiera en concepto de 15 de enero de 2020.

3.2. Recurso de apelación de Colpensiones.

Al respecto, el apoderado de Colpensiones manifestó que la selección de cualquiera de los regímenes pensionales es libre y voluntaria por parte de los afiliados, materializándose en el presente asunto esa decisión, con la suscripción de la solicitud de afiliación respectiva, tal y como lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo regulado en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, quedando así sin soporte, la argumentación de que no existe una prueba veraz y suficiente con la cual acreditar que Porvenir no informó al afiliado sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional.

De la misma manera, el recurrente señaló que el actor no es un afiliado lego, puesto que es abogado, y durante todo el tiempo de permanencia en el RAIS decidió no plantear ninguna inquietud ante la AFP o Colpensiones, existiendo respecto de los afiliados ciertos comportamientos que demuestran el compromiso de permanecer en determinado régimen (sentencia SL-143-2018).

Argumentó que, a pesar de que los fondos trasladen a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración pertenecientes a la cuenta de ahorro individual del actor, se genera una afectación al sistema pensional, en tanto aquél no puede ser subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el periodo de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia que aseguran la intangibilidad y sostenibilidad del sistema, y según lo manifestado por la Corte Constitucional, el RPM se descapitalizaría.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

4. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

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 los términos concedidos, solo se recibieron de manera oportuna los escritos de alegatos presentados por las entidades demandadas, así:

4.1. La Sociedad 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 sumas por concepto de cuotas de administración y sumas adicionales, toda vez que, en virtud de lo preceptuado en el artículo 1503 del Código Civil, el 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.

4.2. La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones en sus alegatos reiteró lo argumentado al sustentar el recurso de apelación, relativo a la manifestación del actor de trasladarse de régimen pensional con la suscripción del formulario de afiliación, de manera libre y voluntaria; la imposibilidad de aplicar en este caso la inversión de la carga de la

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

prueba, máxime, cuando hasta el año 2016, los fondos sólo estaban obligados a registrar el consentimiento de los afiliados en los formularios de vinculación, sin que se hubiese acreditado que por parte del fondo no se cumplió con el deber de brindar una debida y suficiente información

Indicó que a pesar de que los fondos privados trasladen a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, los rendimientos financieros y gastos de administración existentes en la cuenta de ahorro individual debidamente indexados, se genera una afectación al sistema pensional, por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados en el régimen de prima media. Por lo tanto, solicitó se declaren probadas las excepciones de fondo formuladas con la contestación de la demanda y revocar la sentencia de primer grado.

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 al demandante como afiliado del RPM (artículo 69 del CPT y de la SS).

Es importante precisar que en virtud de lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, 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.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS: En virtud del grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación formulados por Porvenir S.A. y Colpensiones, la Sala considera como problemas jurídicos a resolver los siguientes:

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

5.2.2. De ser afirmativa la respuesta, ¿fue acertado ordenar a Porvenir SA, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de régimen pensional, que además de las cotizaciones, también trasladara a Colpensiones lo que en su momento descontó por concepto de gastos y/o comisiones por administración?.

5.2.3. Fue acertado ordenar a las AFP Porvenir SA, la devolución a Colpensiones del 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, por una parte, a confirmar la decisión de primer grado en cuanto la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional efectuado por el actor, como quiera que por parte de la AFP demandada no se acreditó que, de manera previa al traslado, 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, el capital, los rendimientos financieros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y los gastos de administración, 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*”, siendo por ello necesario

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

revocar en cuanto a este concepto, lo dispuesto en la parte resolutive de la sentencia objeto de revisión.

5.3.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

• Del primer problema jurídico:

De la forma como fue concebido el Sistema de Seguridad Social Integral que 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 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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, 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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.

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

“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.

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

*caso de uno de ellos, la diferencia en el pago de aportes que se realizan en cada régimen, y las implicaciones y conveniencias de la decisión”.*²

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

Ahora bien, descendiendo al caso sometido a estudio, de los medios de prueba aportados y practicados dentro de la actuación judicial (expediente digital), entre los cuales se encuentran: historia pensional consolidada de Porvenir SA, certificación de vinculación expedida por Colpensiones (anexo 2); copia historia de bono pensional (anexo 12); copia de la solicitud y/o formato de vinculación a Porvenir SA (anexo 13); certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP (anexo 14); certificación de afiliación expedida por Porvenir SA (anexo 15) e historia pensional de Colpensiones (anexo 28); se tiene que el 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**: del 7 de marzo de 1995 al 7 de abril de 2000, a través del extinto ISS, hoy Colpensiones y en el **Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-**, desde el 1° de junio de 2000, fecha en la que se hizo efectivo el traslado de régimen pensional que el actor realizó a la AFP Porvenir SA, a través de formulario de afiliación suscrito el 7 de abril del mismo año. AFP en la que ha permanecido hasta la actualidad.

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

En la demanda, se afirma que el actor fue trasladado de régimen pensional sin que se le hubiese brindado información y explicación suficiente y transparente sobre los efectos de esa decisión; afirmación que la Sala encuentra no fue desvirtuada por la AFP demandada, quien a pesar de que contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones afirmando que sí se dio la debida asesoría, obvió aportar medios de prueba que permitieran establecer en qué términos o forma fue que la misma se brindó al actor, lo cual era de suma importancia, pues dadas las condiciones de orden legal que rigen el actuar de los 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.

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 puede advertir los efectos que la falta de información sobre las consecuencias del traslado, le trajo a su derecho pensional.

Por lo tanto, es 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 para efectos de la vinculación del actor, tenía los conocimientos necesarios para efectuar tal labor.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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, quien para desvirtuarla, debía acreditar la ocurrencia del hecho contrario, esto es, que por parte de sus asesores sí se brindó la asesoría debida y como no lo hizo, generó que la decisión resultara adversa a sus intereses. No se trató aquí, como pretende hacerlo ver el apoderado de Colpensiones, de que el juez invirtió la carga de la prueba, imponiéndole solo obligaciones probatorias a la AFP demandada, sino que dicha entidad no logró desacreditar que no incurrió en las omisiones o deficiencias que le fueron atribuidas.

Luego 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, esta Sala considera que fue acertada la decisión de declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional que en su momento efectuara el demandante, imponiéndole a la AFP demandada afrontar la devolución de los dineros que recibió por concepto de cotizaciones, 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 adelante 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.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
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, el derecho se torna imprescriptible. Precisión que, en efecto, dejó sin soporte la excepción de prescripción formulada por las autoridades demandadas.

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 formulado por Colpensiones.

● **Del segundo problema jurídico planteado:**

Respecto de este ítem, relacionado con determinar si fue acertado ordenar a Porvenir SA que además de los valores que percibió por concepto de “cotizaciones”, también devuelva el rubro denominado “**gastos de administración**”, la respuesta es afirmativa.

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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.

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 se calcula de igual manera en ambos regímenes pensionales, según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003.

Si bien no se desconoce que tanto en el RPM de 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 tratan 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

⁵ CSJ SL-1688 de 2019.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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:

“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 respecto del tiempo que el demandante estuvo vinculado a esa AFP, sin que tampoco hubiere lugar a aplicar para las restituciones entre regímenes lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, pues 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 y porque las previsiones del citado decreto, se estipularon para restituciones entre regímenes a causa de multifiliación, que no es el caso que aquí se presenta.

• Del tercer problema jurídico planteado:

Frente a este interrogante, relativo a determinar si era viable disponer que la AFP trasladara a Colpensiones valores por concepto de **“sumas**

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:	19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

adicionales de la aseguradora”, la respuesta habrá de ser negativa y por esa razón, sobre este ítem se habrá de revocar la decisión de primer grado.

En tal sentido, es preciso recordar que 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 logra avizorar 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 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 de 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 desacertada la decisión de primer grado, cuando decidió incluir dentro de los rubros que deben ser trasladados a Colpensiones, las referidas sumas adicionales.

De la misma manera, 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 providencias⁷, citando como sentencia inicial la correspondiente al radicado 31989 de 2008, es importante precisar que es solo en la parte considerativa de esta providencia, más no resolutive, 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**

⁷ CSJ SL 2817 de 2019, SL 1421 de 2019, SL 17595 de 2017, SL 4989 de 2018.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante:	Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

recibido con motivo de la afiliación. Por lo tanto, como en el presente asunto no está acreditado que la AFP demandada recibió respecto del demandante sumas de dinero por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, no era viable disponer tal traslado, por lo que este rubro será objeto de revocatoria.

Así las cosas, sin necesidad de efectuar algún otro planteamiento y atendiendo lo señalado en las consideraciones de esta providencia, se habrá de revocar parcialmente el ordinal 4° de la parte resolutive de la sentencia que se revisa, en lo relacionado con la devolución del rubro denominado “*sumas adicionales de la aseguradora*” y confirmándola en lo demás y como quiera que salió avante de manera parcial el recurso de apelación formulado por Porvenir SA, se habrá de imponer condena en costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones y a favor del demandante.

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: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal 4° de la parte resolutive de la de la Sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, el 3 de diciembre de 2020, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **ÁLVARO CRISTÓBAL URRUTIA BRAVO** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, respecto de la condena impuesta a Porvenir SA, de trasladar a Colpensiones sumas por concepto de “*sumas adicionales de la aseguradora*”. En lo demás, se confirma la sentencia recurrida y revisada en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2020-00039-01
Demandante: Álvaro Cristóbal Urrutia Bravo
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia a favor del demandante y a cargo de la demandada Colpensiones, a quien se le resolvió de manera totalmente desfavorable el recurso 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: Notifíquese esta decisión por estados electrónicos, con inserción de la copia de la providencia en el mismo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Firma digitalizada válida para
actos judiciales y administrativos



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado
Popayán-Cauca