

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante: Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado: AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA.

Popayán, primero (1º) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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 entidades demandadas Porvenir SA y Colpensiones, frente a la Sentencia N° 032 de 8 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **ALFONSO RAFAEL BUELVAS GARAY** contra las **SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN 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. **19-001-31-05-003-2018-00159-01.**

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

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES:

1.1. La demanda

Como antecedentes fácticos relevantes, se tienen los contenidos en la demanda cuya copia obra a folios 32 a 61 del cuaderno principal del

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

expediente digital, a partir de la cual la parte demandante pretende lo siguiente: **i)** se declare la nulidad del traslado que el demandante efectuó al RAIS; **ii)** condenar a la AFP Porvenir SA a asumir con cargo a su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez de la parte actora, en razón de los gastos de administración en los que hubiere incurrido; **iii)** condenar a la AFP demandada a trasladar al RPM, los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado; y, **iv)** condenar a las demandadas al pago de las costas del proceso.

1.2. Contestación a la demanda.

1.2.1. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- dio respuesta a la demanda mediante el memorial cuya copia obra a folios 92 a 100 del cuaderno principal del expediente digital, manifestando 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 del demandante que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma”, “inexistencia de la obligación” y “prescripción”*.

1.2.2. La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. al ejercer su derecho de contradicción con la contestación de la demanda, visible a folios 141 a 165 del cuaderno principal del expediente digital, señaló no constarle algunos de los hechos y precisó otros, se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y formuló la excepción previa de: *“no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”* y las excepciones de fondo de: *“prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación”, “falta de causa para pedir”, “buena fe”, “genérica”, “inexistencia de la obligación”, “asesoría pensional de la administradora”, “Porvenir no puede ser compelido al reconocimiento de mermas o deterioro del bien administrado” y “Porvenir no puede ser obligada al traslado del bono pensional ni sumas adicionales”*.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

En audiencia pública llevada a cabo el 24 de junio de 2020, se declaró probada la excepción previa de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesario y se ordenó la vinculación al proceso de la AFP Protección S.A.

1.2.3. Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, contestó la demanda a través del memorial visible a folios 180 a 183 del cuaderno principal – expediente digital, aceptando y negando algunos hechos, manifestando no constarle otros, oponiéndose a las pretensiones de la demanda y formulando las excepciones de fondo de: *“falta de causa en las pretensiones de la demanda”, “carencia de acción y ausencia de derecho”, “inexistencia de las obligaciones demandadas respecto de la Administradora de Fondos y Pensiones Protección S.A.”, “cobro de lo no debido”, “buena fe”, “inexistencia de vicio del consentimiento que pudo inducir a error en la afiliación de la demandante inicialmente a la AFP Protección S.A. que traiga como consecuencia la anulación de esa afiliación”, “prescripción” y “genérica e innominada”.*

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez agotadas las audiencias correspondientes a la primera instancia, el *a quo*, en audiencia de juzgamiento celebrada el 8 de septiembre de 2021, dictó sentencia en la que resolvió: **(i)** declarar la ineficacia de la afiliación en pensiones del demandante, inicialmente a la AFP Protección SA, llevada a cabo el 29 de enero de 1998 y posteriormente a la AFP Porvenir SA, el 10 de julio de 2009. **(ii)** declarar que, para todos los efectos legales, el demandante nunca se trasladó al RAIS, permaneciendo en el RPM. **(iii)** condenar a la AFP Porvenir SA, a pagar o trasladar a Colpensiones, el total del capital y los rendimientos financieros, existentes en la cuenta de ahorro individual del actor, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a Colpensiones, junto con los bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido, así como lo descontado por concepto de gastos de administración y con destino a la garantía de pensión mínima. **(iv)** ordenar a Colpensiones recibir los valores trasladados por Porvenir SA. **(iv)** declarar no probadas las excepciones de fondo formuladas por Porvenir SA,

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

Protección SA y Colpensiones, y **(v)** condenar en costas y agencias en derecho a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A.

Como fundamento de la decisión, en síntesis, el *A quo* expuso que, en el presente caso, dando aplicación a lo consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 y los lineamientos jurisprudenciales fijados en sentencias SL1452-2019; SL1421-2019; SL1868-2019, así como del Tribunal de Popayán en proceso de radicación 2017-00119 de 27 de junio de 2019, que constituyen precedente vertical, resultaba procedente declarar la ineficacia de la afiliación del actor al RAIS, como quiera que las AFP demandadas no lograron acreditar que le brindaron de manera previa a la suscripción del formulario de afiliación, información clara y precisa sobre los aspectos favorables y desfavorables de la elección del referido régimen pensional, y poder así tomar una decisión libre y voluntaria, en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, máxime, cuando la sola afirmación pre impresa en el formulario, no es prueba idónea para concluir que, sí se le entregó la debida información.

2.1. ACLARACIÓN SENTENCIA:

Previo solicitud formulada por la apoderada de la AFP Porvenir SA, el despacho procedió a aclarar la sentencia que antecede, en el sentido de indicar que la orden impuesta en la sentencia a la referida AFP, relacionada con el traslado de capital, rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración y garantía de la pensión mínima, surge desde el periodo en que el actor pasó a ser afiliado de Porvenir SA, esto es, desde el 10 de julio de 2009.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

3.1. Del recurso de apelación formulado por la AFP Porvenir SA.

Como fundamento de la alzada, la apoderada de la AFP Porvenir SA manifestó que la información suministrada al actor al momento inicial como de su posterior traslado, respetó la normatividad vigente a la cual estaban obligadas las AFP, por lo que se está haciendo responsable a dichas entidades, del incumplimiento de un deber que el legislador no les había impuesto para los años 1998 y 2009. Aclaro que, una cosa es la información que se debió suministrar y otra el deber de consejo, al que hacen referencias los fallos recientes de la CSJ, que supuestamente las AFP no tuvieron en cuenta y que se dice, existe desde sus inicios con la expedición de la Ley 100 de 1993.

Resalta que, precisamente, ese deber de consejo fue desarrollado jurisprudencialmente mucho tiempo después de que el actor se hubiese afiliado al fondo privado, radicando allí la inconformidad con la decisión. Precisa que hay un desconocimiento de los límites de la información que se debía impartir en aquel tiempo y sobre los cuales se referirá en el trámite de segunda instancia. Así mismo, adujo que el fallo desconoce las pautas fijadas en materia de restituciones mutuas derivadas de la declaratoria de ineficacia de los actos jurídicos, en tanto le ordena a Porvenir, trasladar unas sumas de dinero correspondientes a los gastos de administración y la garantía de pensión mínima.

3.2. Del recurso de apelación formulado por Colpensiones.

Al respecto, la apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, indicando oponerse al fallo de primera instancia, en tanto se ordenó a Porvenir a trasladar los valores que recibió con ocasión de la afiliación del actor al RAIS, pero a partir del mes de julio de 2009, sin tener en cuenta que, en el presente caso, la afiliación del actor a dicho régimen, que específicamente se hizo a través de la AFP Protección SA, se

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

materializó en el mes de enero de 1998, en donde estuvo por espacio de 11 años, quedando entonces por fuera, las sumas atinentes a los gastos de administración y garantía de pensión mínima de dicho lapso, que generarían un traslado incompleto al RPM. Por lo tanto, solicitó modificar o adicionar la sentencia en ese sentido, ordenando a Protección SA, que proceda a trasladar a Colpensiones, los citados rubros, máxime, cuando en el proceso, a partir del estado o reporte de la CAI en Protección SA, se acreditó que únicamente trasladó a Porvenir, lo atinente a aportes y rendimientos en cuantía de: \$94.466.440, pero no los gastos de administración y los aportes con destino al FPGM, que son valores que debieron ingresar a Colpensiones, de no haber tenido ocurrencia la afiliación irregular.

Adujo que la afiliación del actor a Protección SA fue irregular e incluso se anuló por falsedad, al encontrarse una ilicitud en la afiliación del demandante, en la que no tuvo ninguna participación Colpensiones, por lo que, al declararse la inexistencia de la afiliación, Protección debe trasladar a Colpensiones, todos los valores generados y causados en el RAIS, dado el incumplimiento de su parte, del deber de información necesaria y transparente.

Igualmente, adujo oponerse a la decisión de primer grado, en tanto no contempló la indexación de los gastos de administración, dentro los rubros a trasladar a Colpensiones, para lo cual puso de presente lo dicho por la CSJ en las providencias SL4121, SL1688 y 1689 de 2019 y AL1251-2020, en las que la citada Corporación reconoció la devolución indexada de los gastos de administración, a raíz de la declaratoria de ineficacia. E igualmente, solicitó tener en cuenta lo dicho por la Sala Laboral del Tribunal, en providencia de 4 de febrero de 2021, dentro del proceso de radicación 2019-176, en la que se estimó la procedencia de la indexación.

Por lo tanto, en aplicación del precedente jurisprudencial, solicitó la adición de la sentencia, en el sentido de ordenar a las AFP Protección y Porvenir SA, el traslado indexado de los gastos de administración generados en los periodos que el demandante permaneció afiliado a esas AFP.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección 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, se recibieron de manera oportuna escritos de alegatos por parte de las entidades demandadas, así:

4.1. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, a través de su apoderada judicial, en el escrito de alegatos reiteró los argumentos expuestos al fundamentar la alzada, reiterando la solicitud encaminada a obtener la revocatoria de la decisión de primer grado. Al respecto, indicó que, en el presente caso, no se configuró ninguno de los vicios del consentimiento previstos en el artículo 1503 del Código Civil, existiendo en el expediente prueba de la asesoría, que si bien no es explícita en un documento, no por ello deja de existir y se constata de manera directa y reflexiva con la manifestación de voluntad materializada a través del traslado de régimen pensional. En relación con los actos de relacionamiento y su rol en los traslados horizontales en el RAIS, recordó que cuando no hay certeza si el afiliado recibió al momento del traslado toda la información requerida, existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona si tuvo vocación de permanencia en el régimen, contando con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección, tal y como es el caso de solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves y cambio de administradoras dentro del RAIS, entre otros, tal y como lo señaló la CSJ en providencia SL413-2018.

Apoyada en lo explicado por la doctrina en relación con la distinción entre los deberes de información y de consejo, precisó que el primero se agota poniendo en conocimiento de la parte interesada los datos y las

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

circunstancias necesarias para la adopción de una decisión libre y voluntaria, mientras que el consejo, supone orientar a quien recibe el asesoramiento sobre la conveniencia del negocio jurídico, explicándole los diversos riesgos, alternativas y beneficios que se presentan respecto de una elección o decisión cuando se enfrenta a la disyuntiva de escoger entre diversas opciones, para posteriormente concluir que se está haciendo responsables a las AFP de un deber que el legislador no les había impuesto para la fecha en que ocurrieron los hechos, pues para esa data, la única conducta que les era exigible era la de informar a los interesados, más no la de asesoría o consejo, quedando así perfeccionado válidamente el contrato, con el suministro de la información antes mencionada.

Indicó que el deber de información tiene límites que definen con claridad el contenido de la prestación en cabeza del sujeto al que le es exigible dicho comportamiento, los cuales, impiden que aquél se torne irrazonable y exigible, de ahí que al valorarse el cumplimiento o incumplimiento del citado deber, debe considerarse que al interesado le asiste una carga de auto informarse, que tratándose del traslado de régimen pensional, implica que al afiliado le asiste un especial deber de recaudar información y analizar aquella que le ha sido suministrada para efectos de tomar su decisión de entrar al RAIS, en tanto se trata de establecer qué sistema pensional se ajusta mejor a sus expectativas y a su proyecto de vida, sobre la cual también es necesario tener en cuenta las calidades personales de los sujetos contratantes.

Señaló que el fallo desconoce las pautas fijadas en materia de restituciones recíprocas derivadas de la ineficacia de los actos jurídicos, ya que le ordena a Porvenir trasladar la totalidad de los dineros recibidos a título de cotizaciones a la administradora del RPM, implicando, además, la devolución de dineros correspondientes a gastos de administración.

Precisó que el fundamento normativo de las restituciones mutuas se encuentra en el artículo 1746 del C. Civil, siendo aplicable al caso de ineficacia por remisión del artículo 822 del C. Comercio, en ausencia de una norma especial que regule sus efectos, y bajo ese entendido, la declaratoria de ineficacia para el caso, daría derecho a las partes de ser restituidas al

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

mismo estado en el que se hallarían si el negocio jurídico que las vincula nunca se hubiera celebrado, tratándose de bienes transmisibles, pero no ocurre lo mismo cuando se refiere a prestaciones que es inviable retrotraer, como en este caso, en las que se han verificado gestiones de administración de los recursos del afiliado y el pago de valores para la contratación del seguro previsional, que en efecto se encuentra a cargo de las AFP, en virtud de lo consagrado en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994, cuando les impone la inversión de los recursos del sistema para garantizar una rentabilidad mínima y prestar asesoría, a cambio de una comisión de administración sobre los aportes obligatorios como contraprestación, en vista que se generan para el afiliado, los rendimientos de las inversiones realizadas.

Resaltó que en estos casos no es posible volver las cosas al estado anterior, en la medida que no se puede deshacer lo ejecutado por las partes, por lo que los efectos de la ineficacia sólo podrán darse hacia el futuro, toda vez que las prestaciones que fueron ejecutadas mientras estuvo vigente el negocio de tracto sucesivo ya se consumaron y con su cumplimiento dejaron de existir desde una perspectiva jurídica, no siendo dable revivir esas prestaciones que ya cumplieron su finalidad práctica y por ello, no sería viable con amparo en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, que se restituyan los valores cobrados por las administradoras a título de gastos de administración, pues se estaría quebrando el equilibrio por el que se debe propender en el campo de las restituciones mutuas y desconociendo que se les podría dar la connotación de expensas necesarias.

Finalmente, señaló que, si la orden es de devolver las cosas al estado anterior, como si el demandante nunca se hubiese afiliado al RAIS, ese estado anterior no contemplaba la existencia de unos rendimientos financieros sobre los aportes a pensión, pues no puede perderse de vista que las cotizaciones o aportes a pensión en el RPM, van a una cuenta o fondo común que no genera rendimientos financieros que deban ser abonados a cada afiliado, y por lo tanto, mal podría condenarse a Porvenir a trasladar al RAIS, unas sumas de dinero –rendimientos financieros-, que en virtud de la declaratoria de ineficacia, nunca nacieron a la vida jurídica.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

4.2. A su turno, la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** en sus alegatos, reiteró lo argumentado al sustentar la alzada, esto es, que en caso de confirmación de la sentencia se adicione la misma, en el sentido de incluir dentro de las condenas, el valor correspondiente a la indexación de los gastos de administración, los aportes para la garantía de pensión mínima, las sumas adicionales de la aseguradora y las primas de los seguros previsionales, en tanto son valores que la jurisprudencia especializada ha indicado que deben ser objeto de devolución por parte de las administradoras, a raíz de la declaratoria de ineficacia, dada la conducta indebida en la que incurrieron. Para el efecto, solicitó tener en cuenta lo definido en sentencias SL1421 y 1688 de 2019, AL 1251 -2020 y SL 2877-2020.

Resaltó que, si bien todos los puntos no fueron objeto del recurso de apelación, solicita que por vía del grado jurisdiccional de consulta se proceda a modificar o adicionar la sentencia en la forma antes indicada, en aras de salvaguardar y evitar la descapitalización del RPM que por vía de la decisión judicial debe recibir y pensionar a personas que cotizaron en ese régimen o lo hicieron de manera deficiente.

4.3. La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA** en el escrito de alegatos, manifestó que el actor se vinculó inicialmente a la AFP Protección SA y posteriormente solicitó su traslado a Porvenir SA, sin que a la fecha existan aportes pendientes de devolver por la primera a la segunda AFP, en tanto la afiliación ya no se encuentra activa. Refiere que el traslado se efectuó conforme los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia, remitiendo a la AFP Porvenir, los dineros correspondientes a la cuenta de ahorro individual.

Igualmente, señaló que la vinculación del demandante a Protección SA, estuvo precedida por una seria labor de asesoría, brindándosele información profesional, veraz, completa, comprensible e ilustrada, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus respectivos beneficios, las cuales, una vez oídas, dieron lugar a que el actor de manera libre y voluntaria, decidiera trasladarse, cumpliendo la demanda el deber de suministrar información, de manera previa al acto de traslado. Por lo tanto,

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

solicitó la confirmación de la sentencia, en cuanto a lo decidido respecto de Protección SA, exonerándola de toda responsabilidad.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

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

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 de afiliación y/o traslado del demandante al RAIS?

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

5.2.2. De ser afirmativa la respuesta al cuestionamiento anterior, ¿fue acertado limitar los efectos de la declaratoria de ineficacia a la fecha de vinculación del actor a la AFP Porvenir SA?

5.2.3. ¿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?

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

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

5.2.6. ¿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?

5.3. TESIS DE LA SALA: La tesis de la Sala frente a los cuestionamientos planteados se orienta a modificar parcialmente la decisión de primer grado. Lo anterior, como quiera que por parte de las AFP demandadas no se acreditó que, de manera previa a la afiliación del demandante, le suministraron información completa y suficiente sobre los beneficios y las consecuencias que la elección del RAIS respecto su expectativa pensional, dando vía libre a la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación de régimen pensional, 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 del demandante y lo descontado por concepto de gastos de administración y para el fondo de garantía de la pensión mínima. Ineficacia respecto de la que no resulta aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción. No obstante, debe modificarse parcialmente la providencia, en tanto no era

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

dable limitar la condena impuesta a la AFP Porvenir, al 10 de julio de 2009, cuando el actor se vinculó a esa AFP, siendo necesario revocar tal aspecto, y adicionar también la orden, para incluir dentro de los valores a trasladar a Colpensiones, la indexación de los gastos de administración y los dineros que de la cotización obligatoria se descontaron mes a mes por concepto de primas de seguros previsionales, en tanto la cotización debe ser reintegrada completamente al RPM, a fin de preservar el equilibrio financiero del sistema, no sucediendo lo mismo en cuanto al rubro denominado “*sumas adicionales de la aseguradora*”, cuya causación no fue acreditada en el presente asunto, y por eso no puede ser objeto de las devoluciones antes indicadas.

5.3.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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

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.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

Por lo anterior, es claro que la libertad y voluntariedad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, por lo que no queda duda de que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1994 ya comentado, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno, tanto así que es el mismo legislador el que de manera expresa ha señalado cuales son los requisitos necesarios para la existencia del negocio jurídico.

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

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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, 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, la 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 este 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

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:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

4964 -2018, SL 4689-2018, SL1452-2019 y la providencia SL1421-2019 de 10 de abril de 2019, radicado 56174.

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

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

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

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

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

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

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.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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

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

De la misma manera, es importante señalar que sobre la inaplicabilidad de la prescripción 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 (expediente digital – cuaderno principal), entre los cuales se encuentran: copia de formulario de vinculación a la AFP Porvenir SA (fl. 17); copia de copia de historia laboral expedida por la misma AFP (fls. 22 a 30); certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP (fl. 115); copia de formulario de vinculación a la AFP Protección SA (fl. 181) y el expediente administrativo de Colpensiones, se tiene que el demandante estuvo vinculado al Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones, en donde cotizó de manera interrumpida, un total de 133 semanas, en el periodo comprendido entre el 17 de junio de 1980 y el 30 de septiembre de 1990.

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:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

Así mismo, que el 29 de enero de 1998, suscribió formulario de vinculación a la AFP Protección S.A., a través del cual se materializó su traslado al RAIS, con efectividad a partir del 1° de marzo de 1998 y trasladándose a la AFP Porvenir SA, el 10 de julio de 2009.

En este punto, es importante resaltar que la documental visible a folios 195 a 206, permite constatar que, si bien al actor se le reportó una nueva afiliación a la AFP Protección SA para el 17 de junio de 2020, la misma debió ser anulada, al encontrarse una serie de inconsistencias que le hicieron perder validez, retornando nuevamente el actor a la AFP Porvenir SA, entidad en la que aún continúa vinculado. Entre los documentos encontrados, aparece un reporte de estado de cuenta en el fondo de pensiones obligatorias, que indica que en el traslado inicial de Protección SA a Porvenir SA., la primera trasladó a la segunda por concepto de aportes más rendimientos, la suma de \$ 94.466.440 y por concepto del fondo de garantía de la pensión mínima, un monto de \$5.298.070.

Ahora bien, en la demanda se afirma que el demandante fue trasladado de régimen pensional, sin que le fuese suministrada información completa, clara, oportuna y comprensible sobre el traslado y sus consecuencias; afirmación que la Sala encuentra no fue desvirtuada por Protección S.A., que fue la AFP con la que se materializó el traslado de régimen pensional, ni por Porvenir SA, AFP a la que actualmente se encuentra afiliado y que comparecieron al proceso en calidad de demandadas. En el sentir de la Sala, el cumplimiento del deber de asesoría, no se suple con el aporte del formulario de traslado de régimen pensional, ni con los de traslado entre administradoras del RAIS, pues si bien es cierto, no se puede desconocer que con las firmas en ellos impuesta se refleja la voluntad del actor de realizar cada uno de esos actos, no son suficientes para constatar que se trató de una manifestación debidamente informada, en la forma y términos que precisa el criterio jurisprudencial que actualmente impera.

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 información y asesoría debida al demandante, lo cual era de suma

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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.

Como lo ha venido enseñando la jurisprudencia especializada, el suministro de información no solo hace referencia a la ilustración sobre las características, condiciones y forma de vinculación al régimen, sino también a conocer de los efectos y riesgos de ese traslado frente al derecho pensional, y así deviene de las obligaciones impuestas a las entidades vigiladas, entre las que se encuentran las administradoras de fondos de pensiones, desde el mismo Estatuto Orgánico Financiero –Decreto 663 de 1993- , cuando en el numeral 1° del artículo 97 original, les señaló como un deber, el suministrar a los usuarios de los servicios que presten, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos, **escoger las mejores opciones del mercado**, de ahí que no sea dable afirmar, en casos como el presente, que por parte de los jueces se está sancionando el incumplimiento del deber de asesoramiento, con normas que no existían para la fecha en que se llevaron a cabo los traslados de régimen pensional, incurriendo en una indebida aplicación retroactiva de la ley, pues por el contrario, lo que se evidencia a partir de la norma traída a colación, es que desde aquella época, el deber de información implicaba el de brindar asesoramiento al afiliado, para de esa forma poder concluir que el ejercicio del derecho de elección, estuvo precedido de un conocimiento claro, completo y preciso, sobre las implicaciones de la decisión.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

La Sala tampoco encuentra como el hecho de haber perdurado la afiliación del demandante en el régimen privado durante varios años, pueda convalidar las deficiencias de la afiliación, pues es precisamente cuando ya se encuentra ad portas de causar el derecho pensional, que puede advertir que las promesas que lo llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, pues no se cumplió la promesa de una mesada pensional más alta o mejor de la que pudo adquirir o consolidar en el RPM.

Y es que argumentos relacionados con traslados horizontales de fondo dentro del mismo RAIS, sin importar el número de veces que se haya realizado, no pueden ser aceptados como un mecanismo para convalidar un traslado que desde sus inicios quedó mal efectuado, pues es claro que cuando se hace uso de tal facultad, la voluntad que se emite se relaciona con las calidades del fondo, más no con las implicaciones que tiene el traslado de régimen pensional, que es una situación diferente, que como quedó visto, basta para ser considerado como ineficaz, con el simple incumplimiento del deber de información suficiente. Sobre este último aspecto, ya la CSJ SL ha tenido la oportunidad de referirse, indicando que una vez acreditada la ineficacia del traslado al RAIS el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas en este esquema, en tanto la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, siendo el desacato a tal deber, el que por sí mismo genera la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. (SL5686-2021).

Es por lo tanto, la insuficiencia e inexactitud de la información suministrada y/o la omisión sobre la forma como el nuevo régimen se pudo materializar en el caso específico del demandante, el hecho que generó la declaratoria de ineficacia de afiliación al sistema general de pensiones y vinculación a un régimen pensional, en este caso el RAIS, pues la AFP no ejerció ninguna labor probatoria que permitiera determinar que en el acto de ofrecimiento del servicio, le proporcionó al afiliado información suficiente, clara y concisa, que llevara aparejado como un hecho indiscutido, que la decisión emitida fue libre y voluntaria, o como mínimo, que el personal asignado para brindarle asesoría para efectos de la vinculación al sistema

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

pensional y selección régimen, tenía los conocimientos necesarios para efectuar tal labor.

Carga de la prueba que en el presente asunto estaba a cargo de las AFP demandadas, por el hecho de que en la demanda se partió de una negación indefinida que en virtud de lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, eximía de prueba a la parte actora y la trasladaba a la contraparte, en este caso, a las administradoras de los fondo de pensiones, que para desvirtuarla, debían acreditar la ocurrencia del hecho contrario, esto es, que por parte de esas entidades si se brindó la asesoría debida y como no lo hicieron, generaron 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 1998, 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 efectuó el actor.

Así mismo, como un argumento adicional para confirmar la decisión de primer grado, ha de decirse, en aplicación de 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.

Ahora, en cuanto a los efectos de la declaratoria de ineficacia, la Sala estima que la decisión de primer grado debe ser objeto de modificación en

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

cuanto a lo ordenado a la AFP Porvenir S.A., pues si bien se le impuso trasladar a Colpensiones, todo el capital y los rendimientos existentes en la CAI del actor, así como los bonos pensionales, en el evento de haber sido expedidos y recibidos, las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y con destino al fondo de garantía de la pensión mínima, se equivocó al permitir que dicha devolución se concretara a lo recibido por esa AFP a partir del 10 de julio de 2009, pues de esa manera, se está desconociendo que la afiliación al RAIS por parte del señor Alfonso Rafael Buelvas Garay, se hizo efectiva desde el 29 de enero de 1998, siendo entonces desde esta data, que el RPM se vio privado indebidamente, de los aportes correspondientes a ese afiliado, por lo que lo correcto es que sea la última AFP la que afronte la devolución de todo lo que el RAIS percibió a través de las administradoras de ese régimen, en tanto cuenta con la posibilidad de adelantar las acciones que considere pertinentes, a fin de efectuar la reclamación frente a la otra u otras AFP en que haya estado vinculado el demandante. Así lo indicó la CSJ en providencia SL5686-2021 (radicado 82139).

Lo anterior, como quiera que permitir que la AFP Porvenir SA, solo asuma la devolución de los valores que viene recibiendo desde el mes de julio 2009, le resta efectos a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, pues de esa manera, las cotizaciones no estarían regresando de manera íntegra al RPM, pues se quedarían por fuera, todos aquellos valores que de las cotizaciones se descontaron mes a mes, para sufragar los gastos de administración y pago de primas de seguros previsionales durante el tiempo de vinculación del actor a la AFP Protección SA, esto es, lo correspondiente al periodo comprendido entre el 29 de enero de 1998 y el mes de agosto de 2009, en tanto la afiliación a Porvenir, solo se hizo efectiva a partir del mes de septiembre de 2009.

Así las cosas, son las anteriores razones las que conducen a confirmar en cuanto a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional la providencia que se revisa y ajustarla en cuanto al aspecto antes señalado, la orden impuesta a la AFP Porvenir SA.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

● **Del tercer problema jurídico planteado:**

Respecto de este ítem, relacionado con determinar si fue acertado ordenar a Porvenir SA que, además de trasladar el capital existente en la cuenta de ahorro individual del demandante, también traslade a Colpensiones, las sumas descontadas a título de **“gastos de administración”**, la respuesta es afirmativa.

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

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

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

³ CSJ SL-1688 de 2019.

⁴ Desde el año 2008, el valor de la cotización en los dos regímenes pensionales corresponde al 16% del ingreso base de cotización.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se trata de rubros que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados⁵.

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

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

Así las cosas, siguiendo la línea jurisprudencial imperante, y la precisión efectuada al resolver el primer problema jurídico, la Sala estima que fue acertado ordenar a la AFP Porvenir S.A. 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.

⁵ Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

● **Del cuarto problema jurídico planteado:**

En el recurso de apelación, la apoderada de la AFP Porvenir S.A., se queja de la condena impuesta en cuanto a la devolución de los aportes con destino al fondo de garantía de la pensión mínima, aspecto que la Sala estima no puede tener eco en esta instancia, como quiera que dicha garantía se financia con el 1.5% de la cotización obligatoria que mes a mes debe realizar el afiliado al RAIS y que en virtud de la declaratoria de ineficacia y la figura de las restituciones mutuas, debe retornar íntegra al RPM.

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.

Luego entonces, como la ineficacia comporta el desconocimiento de los efectos jurídicos del acto de afiliación y/o traslado desde el mismo momento en que aquél pretendió materializarse, siendo consecuencia obligada la devolución de la cotización completa, aunque en su momento la misma haya sido distribuida en la forma indicada 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, resulta acertada la decisión de ordenar a la AFP Porvenir SA, el reintegro al RPM, de los valores que mes a mes de las cotizaciones que recibió del actor, descontó con destino al fondo de garantía de la pensión mínima, al igual que los dineros que por ese concepto recibió de parte de la AFP Protección SA, pues en el presente asunto, está acreditado que con ocasión del traslado entre administradoras, esa AFP le trasladó \$ 5.298.070 (fls. 197 a 206 cuaderno principal – expediente digital).

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

• **Del quinto problema jurídico planteado:**

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

En virtud de lo consagrado en el artículo 63 de la Ley 100 de 1993, el rubro denominado “*sumas adicionales de la aseguradora*” no hace parte de la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, ni tampoco constituye un capital que se encuentre a cargo de las administradoras del fondo de pensiones, pues si se revisan los artículos 70 y 77 de la citada ley, lo que se avizora es que se trata de un valor que debe correr por cuenta de la aseguradora con la que la AFP haya suscrito el seguro previsional, cuando en la cuenta individual del afiliado no exista el capital suficiente para financiar el pago de la pensión de invalidez o sobrevivientes según sea el caso.

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

Igualmente, es importante precisar que si bien la Sala no desconoce que sobre la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del acto traslado, ha hecho referencia la Sala de Casación Laboral en varias de sus providencias, citando como sentencia inicial la correspondiente al radicado 31989 de 2008, es importante precisar que es solo en su parte considerativa más no resolutive que la Corte hace referencia a la devolución de las sumas

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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, es importante precisar, a partir de lo consignado en el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia que ahora se revisa, que si bien el *A quo* ordenó a la AFP Porvenir SA trasladar a Colpensiones el total del capital y los rendimientos financieros existentes en la cuenta de ahorro individual del actor, así como, los bonos pensionales que eventualmente se hubieren expedido y las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos de administración y garantía de la pensión mínima, obvió incluir lo descontado por concepto de seguros previsionales, que es un rubro diferente a las sumas adicionales de la aseguradora y si debe ser objeto de devolución, como quiera que durante el tiempo de vinculación del demandante al RAIS, se satisfizo con un porcentaje de la cotización mensual obligatoria, de ahí que sobre tal aspecto se habrá de imponer la devolución por parte de la AFP Porvenir SA, para de esa forma garantizar que las cotizaciones que el demandante realizó por más de 22 años en el RAIS, regresen de manera íntegra al RPM.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

Se reitera que esta Sala, con mayoría de sus integrantes, considera que reservarle a Porvenir valores que hacen parte de la cotización, implica restarle efectos a la ineficacia del traslado como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido y por eso es que la Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia, obliga a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada, que por la misma figura de la ineficacia debe operar para todos los valores que componen la cotización. Igualmente, no se considera procedente que, para resolver la relación jurídica entre el afiliado y las administradoras vía ineficacia del traslado, se pueda echar mano a la validez de un contrato de seguro con un tercero, que es una relación jurídica ajena al proceso, de la cuál si surgiere algún derecho u obligación, debería resolverse en proceso diferente entre las partes interesadas.

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

Finalmente, permitir que Porvenir no devuelva el valor de las primas de los seguros previsionales, implica la violación directa del artículo 1746 del Código Civil, aplicable según la jurisprudencia y como se explicó anteriormente, a la figura de la ineficacia, en tanto las dos figuras dan a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiere existido el acto o contrato. Así mismo, en el proceso tampoco se ha demostrado que se contrató el seguro previsional ni el valor de la póliza que es colectiva y de participación, conforme al artículo 108 de la Ley 100 de 1993 y menos, cuál es el valor que de la respectiva prima de

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

seguros le corresponde al demandante afiliado en este proceso para que se pudiera proferir una decisión en concreto si llegare a ser procedente.

• **Del sexto problema jurídico:**

Frente a este interrogante, relacionado con determinar si la sentencia de primera instancia debió incluir la devolución indexada de las sumas que en su momento se descontaron por concepto de gastos de administración, con cargo a los propios recursos de la AFP demandada, la respuesta habrá de ser afirmativa.

Lo anterior, a fin de ser consecuentes con la directriz fijada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos en los que se ha debatido sobre la declaratoria de ineficacia de traslados de régimen pensional y los efectos de su declaratoria, tal y como es el caso de la providencia SL1688-2019, la cual se ha venido reiterando, entre otras, en providencias SL4360-2019, SL3199-2021 y SL3719-2021, en los que la Corte ha precisado que la devolución de lo descontado por concepto de gastos de administración, debe ser retornado al RPM a través de Colpensiones, debidamente indexado.

En este punto, recuérdese que, si bien el juez en sus providencias se encuentra sometido al imperio de la Ley, pues así deviene del artículo 230 Superior, no es menos que en tal ejercicio, también está obligado a tener en cuenta lo señalado por la jurisprudencia, a fin de hacer efectivos los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, de ahí que sea entonces esta la razón que motiva a la Sala para dar aplicación a la doctrina probable que actualmente impera respecto a la devolución indexada de los gastos de administración y que implica, en virtud del recurso de apelación formulado por parte de Colpensiones, adicionar la sentencia objeto de revisión en tal sentido.

Así las cosas, sin necesidad de efectuar algún otro planteamiento y atendiendo lo señalado en las consideraciones de esta providencia, se habrá de modificar y adicionar la sentencia en la forma antes indicada y

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

confirmarla en lo demás, con la consecuente imposición de condena en costas de segunda instancia a cargo de la demandada AFP Porvenir SA y a favor del demandante, al no salir avante el recurso de apelación formulado por dicha parte.

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: MODIFICAR el ordinal tercero aclarado, de la parte resolutive de la Sentencia N° 036, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, el 8 de septiembre de 2021, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **ALFONSO RAFAEL BUELVAS GARAY** contra las **SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, en el sentido de indicar que la AFP Porvenir SA, debe trasladar a Colpensiones, además de lo indicado en el referido ordinal (capital, rendimiento financieros, bono pensional, en caso de haberlo recibido, lo descontado por gastos de administración y con destino al fondo de garantía mínima), lo que también descontó de las cotizaciones obligatorias para el pago de las primas de los seguros previsionales y la indexación correspondiente a las sumas descontadas por gastos de administración. Orden que surge para la APP Porvenir SA, desde el 29 de enero de 1998. En lo demás, se confirma la sentencia recurrida y revisada en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia a cargo de la AFP Porvenir SA y a favor del demandante, al no salir avante su 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.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-003-2018-00159-01
Demandante:	Alfonso Rafael Buelvas Garay
Demandado:	AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



Firma válida
providencia judicial

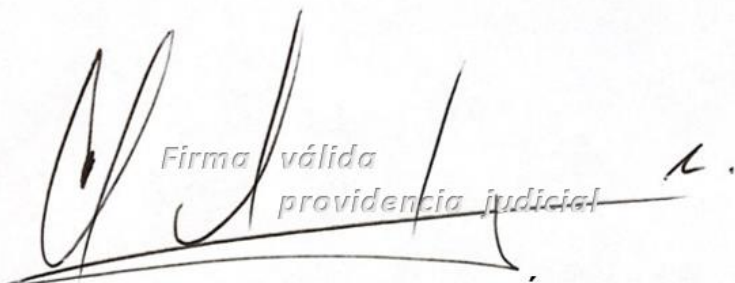
CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO PONENTE



Firma válida
providencia judicial

LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL

(Con salvamento parcial de voto)



Firma válida
providencia judicial

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL