

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
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, veintidós (22) de septiembre 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, convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, le corresponde a la Sala entrar a resolver los recursos de apelación formulados por las apoderadas judiciales de las entidades demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, frente a la Sentencia N° 007 de 8 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **NILZA VELASCO PALOMINO** 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. **19-001-31-05-003-2019-00089-01**.

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

**SENTENCIA**

**1. ANTECEDENTES:**

**1.1. La demanda**

Como antecedentes fácticos relevantes, se tienen los contenidos en la demanda cuya copia obra en el archivo *“03 Demanda.pdf”* del cuaderno

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

principal del expediente digital, a partir de la cual la parte demandante pretende lo siguiente: **i)** se declare la nulidad del traslado que al RAIS, efectuó la demandante; **ii)** declarar que Porvenir SA debe asumir con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez de la demandante, por los gastos de administración en que hubiere incurrido; **iii)** condenar a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones, los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la 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 procesales y las agencias en derecho.

## **1.2. Contestación a la demanda.**

**1.2.1. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** dio respuesta a la demanda mediante el memorial cuya copia obra en el archivo denominado “09 ContestaciónColpensiones.pdf” del cuaderno principal del expediente digital, aceptando algunos hechos y señalando no constarle otros, oponiéndose a las pretensiones y formulando las excepciones de fondo de: *“inexistencia de la obligación – la demandante nunca estuvo afiliada al RPM previo a su vinculación al RAIS”, “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “improcedencia de la nulidad del traslado” y “prescripción”.*

**1.2.2. La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** al ejercer su derecho de contradicción con la contestación de la demanda, obrante en el archivo “14 ContestaciónPorvenir.pdf” del cuaderno principal del expediente digital, aceptó algunos de los hechos, negó otros, se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y formuló las excepciones de fondo de: *“prescripción”, “prohibición legal de aplicar retroactivamente la ley”, “principio de confianza legítima”, “falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas”, “buena fe”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación”, “prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo”, “innominada o genérica”, “inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el*

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

*demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones” y “debida asesoría del fondo”.*

## 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 febrero de 2022, dictó sentencia en la que resolvió: **(i)** declarar la ineficacia de la afiliación en pensiones de la demandante, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, suscrita el 21 de febrero de 1997; **(ii)** declarar que, para todos los efectos legales, la demandante nunca se afilió al RAIS, permaneciendo en el RPM. **(iii)** condenar a la AFP Porvenir S.A., a pagar o trasladar a Colpensiones, el total del capital y los rendimientos financieros, existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, 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 y Colpensiones, y **(v)** condenar a la AFP Porvenir S.A. a pagar las costas que se liquiden a favor de la demandante, fijando el valor de las agencias en derecho en suma equivalente a un (1) smlmv.

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 de la parte actora al RAIS, como quiera que la AFP demandada no logró acreditar que le brindó 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

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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.

### **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.

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

En síntesis, como fundamento de la alzada, la apoderada de la AFP Porvenir SA manifestó que la línea jurisprudencial de la CSJ relacionada con el deber de información, solo resulta aplicable para los eventos de traslado de régimen pensional y no cuando lo que existe es una vinculación inicial, que es lo que sucede en el caso de la demandante, quien no acreditó que con antelación de su vinculación al RAIS, hubiese estado afiliada al RPM, tal y como se puede constatar, con la historia laboral oficial emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al igual que la proyección de bonos, la certificación SIAF y el formulario de vinculación. Por lo tanto, al no estar ante la presencia de un traslado de régimen pensional, era imposible a las administradoras de fondos de pensiones, informar sobre consecuencias negativas claras.

Refiere que la decisión de primera instancia, relativa a la devolución de los dineros correspondientes a gastos de administración y comisiones, al igual que el valor desembolsado para cubrir primas de seguros previsionales, desconoce las reglas existentes en materia de restituciones mutuas y el principio que proscribe el enriquecimiento sin justa causa. Manifiesta que, por tratarse de prestaciones de hacer, la regla general es que lo ejecutado no es susceptible de retrotraerse, dado que no es posible eliminar un comportamiento humano como si nunca este se hubiese presentado, sucediendo lo propio en los contratos de tracto sucesivo,

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

respecto de los que la CSJ ha afirmado que, por la terminación judicial, el contrato pierde su fuerza para el futuro, pero quedan en pie los efectos hasta entonces surtidos.

Manifiesta que la AFP ejecutó cabalmente sus obligaciones, las que a la par, generaron una rentabilidad a favor de la afiliada y por lo tanto, se trata de gestiones que no pueden quedar si su correlativa compensación respecto de la administradora, so pena de quebrantar los principios de equidad y enriquecimiento sin causa, máxime, cuando fue el legislador el que determinó el derecho que tienen las AFP de recibir una remuneración, al establecer en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, un porcentaje de la cotización para el cubrimiento de los gastos de administración y seguros previsionales de la pensiones de invalidez y sobrevivientes; gastos que incluso, deben ser asumidos en el RPM, en tanto la mencionada destinación opera en ambos regímenes.

Así mismo, indicó que las obligaciones de administración de las AFP, se encuentran previstas en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994, cuyo propósito es salvaguardar el patrimonio del afiliado, para que cumpla la finalidad a la que se encuentra afecto, esto es, servir para la financiación de la pensión de vejez, por lo que, desde esta perspectiva, resulta alejado del funcionamiento del RAIS, considerar que dichas comisiones constituyen un deterioro para el patrimonio del afiliado. Por lo tanto, solicitó al Tribunal revocar la decisión emitida en primera instancia, en lo que refiere a la devolución de gastos de administración, y primas de seguros.

### **3.2. Del recurso de apelación formulado por Colpensiones.**

La apoderada judicial de Colpensiones formuló recurso de apelación, indicando oponerse a la decisión de primer grado, al considerar que no se declaró la ineficacia de un traslado de régimen pensional, sino de una vinculación inicial, ya que la demandante, previo a su afiliación al RAIS a través de Porvenir SA, en 1997, nunca estuvo afiliada al RPM ni por cuenta de Colpensiones, ni de ninguna otra administradora o caja de previsión social, lo cual se corrobora con las pruebas documentales allegadas, que permiten constatar que se trató de una vinculación inicial, por lo que no

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

sería dable hablar de un traslado alegando la existencia de un error, engaño o falta de información, que de ninguna manera pudieron configurarse, si la afiliación inicial fue al RAIS.

Refiere que la facultada elección, se encuentra consagrada en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 5° del Decreto 692 de 1994, los cuales señalan que, la selección del régimen, implica para el afiliado la aceptación de todas las condiciones propias del mismo, para el acceso a las pensiones de vejez, invalidez, sobrevivientes y demás prestaciones a que haya lugar; selección que en el presente caso, fue realizado por la demandante de manera libre voluntaria y sin coacción o constreñimiento alguno por parte del asesor del fondo, no siendo entonces viable, que después de 25 años de la elección, se pretenda obtener la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, aduciendo una falta de asesoría en el acto de traslado del RPM, al cual nunca se perteneció y que a su vez no era dable dar, porque para 1997, se desconocían los salarios de la demandante de ahí hacía el futuro .

Argumenta que la demandante se ha beneficiado durante estos casi 25 años de permanencia en el RAIS, de las prebendas que el régimen ofrece, tal y como es el caso de los rendimientos que ha obtenido, y que es solo, cuando causa el derecho pensional, que decide retornar al RPM y beneficiarse de los subsidios de éste y en los que nunca participó, argumentando que le resulta más beneficioso, porque en su criterio, la mesada pensional sería más alta, pero sin demostrar tal argumento en el proceso. Señala que con la decisión adoptada se está colocando en peligro el derecho pensional de los actuales y futuros pensionados que se han cotizados al RPM, transgrediendo el principio constitucional de sostenibilidad financiera, protegido por Corte Constitucional en sentencias C-1024 de 2004 y sentencia SU-062 de 2010.

Así mismo, señala que en estos asuntos, para la elección de uno de los dos regímenes pensionales por parte de los afiliados, el ordenamiento jurídico no exige el deber de asesoría y menos aún el de la doble asesoría de que trata la Ley 1328 de 2009, ya que son propios para efectuar el traslado de régimen, más no así el de la afiliación inicial, destacando que de

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

acuerdo con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y el 5 del decreto 692 de 1994, una vez el afiliado seleccione el régimen este se materializa mediante el diligenciamiento de un formulario que está ya previsto para esos efectos por la superintendencia bancaria con los datos que se consignan en esta misma normatividad.

Resalta que si bien es cierto que la jurisprudencia de la CSJ ha avalado la posibilidad de retornar al RPM, lo ha sido para los afiliados que permaneciendo en este régimen, se trasladaron al RAIS y aducen falta de asesoría al momento del traslado, por lo que, los temas allí tratados, difieren sustancialmente del de la demandante, por las razones ya antes anotadas, sobre la inexistencia de una afiliación previa al RPM, por lo que la decisión de primera instancia, resulta gravosa y peligrosa para los afiliados a Colpensiones, porque esta entidad se verá abocada a recibir a todos los afiliados de Porvenir SA, con la simple afirmación de que no recibieron la debida asesoría al momento de la vinculación inicial. Solicita que por parte del Tribunal se analice este aspecto, que afecta el equilibrio financiero de la entidad.

Finalmente, en caso de decidirse por la confirmación de la decisión, solicitó la adición del ordinal 3° de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de ordenarle a Porvenir S.A., la devolución indexada de los gastos de administración y el valor de las primas de los seguros previsionales. Frente a la indexación de los gastos de administración, señala que se trata de una figura que resulta aplicable en procesos en los que se declara la ineficacia del acto de traslado pensional, pues así lo ha venido reiterando la CSJ-SL en su jurisprudencia, tal y como es el caso de la sentencia SL1688-2019, por manera que, en aplicación de dicho precedente, considere que el referido rubro debe ser incluido en la condena, como quiera que la indexación tiene como propósito evitar los efectos de la inflación sobre la moneda. Igualmente, señaló que si bien es cierto en la parte resolutive de la sentencia se indica que, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, también lo es que no se impone de manera clara el traslado de las primas de los seguros previsionales, lo cual es necesario, para que no se afecte el equilibrio financiero del sistema.

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
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, solamente la parte demandante como Colpensiones presentaron alegatos de conclusión oportunamente, así:

**4.1. La parte demandante**, en sus alegatos solicitó la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia, en tanto quedó acreditado que la AFP demandada, no cumplió con la obligación legal de brindar a la demandante información clara, veraz y suficiente respecto de las consecuencias que generaría su vinculación al régimen pensional a través del RAIS. Así mismo, precisó que, con la historia laboral expedida por la AFP Porvenir SA y lo manifestado por la demandante al absolver interrogatorio de parte, quedó acreditado que ésta, con antelación a su vinculación al RAIS, estuvo afiliada al RPM.

**4.2. A su turno, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** en sus alegatos, reiteró lo argumentado al sustentar la alzada, esto es, que se encuentra acreditado que la demandante con antelación a su vinculación al RAIS, en el año 1997, no estuvo afiliada al RPM, ni por cuenta del ISS, hoy Colpensiones, ni ninguna otra administradora o caja de previsión social, por lo que, si nunca se trasladó del RPM al RAIS, no era dable pretender el retorno y mucho menos, alegando error, engaño o falta de información. Así mismo, señaló 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 y las primas de los seguros provisionales, 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.

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Para el efecto, solicitó tener en cuenta lo definido en sentencias SL-1421 y SL 1688 de 2019, respectivamente.

## **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 a la demandante como afiliada del RPM (artículo 69 del CPT y de la SS).

Es importante precisar que en virtud de lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en materia laboral, así como el grado jurisdiccional de consulta, en aquellos eventos en los que no se requiera del decreto y práctica de pruebas, se proferirá por escrito. En consecuencia, es este el fundamento normativo que en esta oportunidad aplica la Sala para resolver por escrito la alzada y el grado jurisdiccional de consulta ya mencionados.

**5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS:** En virtud del grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación formulados por la AFP Porvenir 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 de la demandante al RAIS?**

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

**5.2.3.** Fue acertado no incluir dentro de los valores que se impuso devolver a la AFP Porvenir SA, **¿la indexación de los gastos y/o comisiones por administración y los valores destinados al pago de las primas de los seguros previsionales?**

**5.3. TESIS DE LA SALA:** La tesis de la Sala, por una parte, se orienta a **confirmar** la sentencia de primera instancia, en cuanto a la declaratoria de ineficacia de la afiliación al régimen pensional solicitado en la demanda, como quiera que por parte de la AFP demandada no se acreditó que de manera previa al acto de vinculación inicial, le suministró a la parte actora información completa y suficiente sobre los beneficios y las consecuencias que la referida selección podía generar frente su derecho 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 con destino al fondo de garantía de la pensión mínima. Declaratoria de ineficacia respecto de la que no resulta aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción, pero sí la devolución indexada de los valores descontados por concepto de gastos y/o cuotas por 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 trasladada completamente al RPM, a fin de preservar el equilibrio financiero del sistema, aspectos sobre los cuales debe **adicionarse** la providencia materia de revisión.

**5.3.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:**

**● Del primer problema jurídico:**

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

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

regímenes que este trajo consigo, bien sea el RPM y/o el RAIS, por selección inicial o traslado, 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, sea inicial o por traslado, 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*

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

*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 mismo (dadas las condiciones particulares del interesado), y sin establecer distinciones tratándose de una afiliación inicial o un traslado de régimen pensional, 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, 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 1993<sup>1</sup>, la Ley 1741 de 2014, por medio

---

<sup>1</sup> 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: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 inicial o por traslado, 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. 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.*

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

*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 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”.<sup>2</sup>*

Para esta Sala, las reglas previstas por la SL de la CSJ para los casos de traslado de régimen pensional, resultan también aplicables para los casos de afiliación o selección del régimen pensional por primera vez, como quiera que del contenido de los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, se advierte que los mismos tratan del ejercicio de la elección

---

<sup>2</sup> 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: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

tanto al momento de la vinculación como del traslado, de donde es dable concluir, que las situaciones relativas al cumplimiento del deber de información, no solo es predicable de las situaciones de traslado, sino también de selección inicial de régimen pensional.

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: certificación de vinculación a Porvenir S.A. (fl. 1 archivo *"04AnexosDemanda.pdf"*); copia de historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir S.A. (fls. 13 a 14 *"15AnexosContestaciónPorvenir.pdf"*); certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP (fl. 5 *"15AnexosContestaciónPorvenir.pdf"*), e historia laboral expedida por la OBP (fls. 36 a 37 *"15AnexosContestaciónPorvenir.pdf"*), se tiene que la demandante se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de afiliación N° 867414 de 21 de febrero de 1997, vinculación que se hizo efectiva a partir del 22 de febrero de 1997. E igualmente, la referida documental da cuenta que estando dentro del RAIS, el 16 de mayo de 2001, se trasladó a la AFP Horizonte SA y el 30 de enero de 2002, regresó a Porvenir S.A.

En este punto, es también importante resaltar que, en la historia laboral consolidada expedida por Porvenir S.A. se registra en el acápite

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

denominado "*Historia Laboral en el Régimen de Prima Media - historia laboral recordada por el afiliado en proceso de reconstrucción*", que la demandante efectuó cotizaciones entre el 1° de marzo de 1990 y el 1° de marzo de 1994, por cuenta del empleador Serviper, número patronal 15018200741. Sin embargo, es de resaltar que, en la historia laboral expedida por la OBP, no obra ningún registro que dé cuenta de cotizaciones al RPM.

Ahora bien, en la demanda, se afirma que la demandante fue trasladada de régimen pensional, sin que le fuese suministrada información completa, clara, oportuna y comprensible sobre el traslado y sus consecuencias, señalando además que, con antelación a la vinculación al RAIS, existió una vinculación al extinto ISS. Sobre este último aspecto, la Sala encuentra que ninguno de los medios de prueba que fueron aportados al proceso, da certeza de tal situación, no obstante, la Sala considera que tal aspecto no tiene ninguna injerencia en la decisión adoptada por el *a quo*, y que la Sala considera debe ser objeto de confirmación en cuanto a la declaratoria de ineficacia, en tanto que, dicha declaratoria, en el sentir de esta instancia, procede tanto para los eventos de traslado, como en los de afiliación por primera vez, máxime, cuando en la actuación judicial, la AFP demandada, que fue también la misma con la que se realizó la vinculación inicial, no se acreditó el cumplimiento del deber de información y asesoría previa, para la que no basta con aportar el formulario de vinculación, en tanto el mismo no permite constatar en qué forma y términos fue que se materializó el suministro de la información, tal y como 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 a la demandante, lo cual era de suma importancia, pues dadas las condiciones de orden legal que rigen el actuar de la administradoras de fondos de pensiones, constituye un deber y no una simple liberalidad, el suministro de información o asesoramiento integral sobre el producto que se ofrece, para de esa manera poder entender que cuando se acepta el servicio ofrecido, el usuario lo hace con el pleno conocimiento tanto de los beneficios como de las consecuencias, y por ende, obedece a una decisión adoptada de manera consiente y voluntaria,

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

pues no sería lógico que ante un derecho de tanta importancia como lo es la pensión, el afiliado escoja o acepte unas condiciones que le 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 esa vinculación y/o 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 las vinculaciones iniciales o 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, para vinculación inicial o traslado, estuvo precedido de un conocimiento claro, completo y preciso, sobre las implicaciones de la decisión.

La Sala tampoco encuentra como el hecho de haber perdurado la afiliación de la 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 la llevaron a aceptar la afiliación y/o el traslado al RAIS fueron ilusorias, pues no se cumplió la promesa de una

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

mesada pensional más alta o mejor de la que pudo adquirir o consolidar en el RPM.

Es por lo tanto, la inexactitud de la información suministrada y/o la omisión sobre la forma como el nuevo régimen se pudo materializar en el caso específico de la demandante, el hecho que generó la declaratoria de ineficacia de la selección del RAIS como régimen pensional, pues la AFP no ejerció ninguna labor probatoria que permitiera determinar que en el acto de ofrecimiento del servicio, le proporcionó a la afiliada 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 de la demandante, tenía los conocimientos necesarios para efectuar tal labor.

Carga de la prueba que en el presente asunto estaba a cargo de la AFP demandada, por el hecho de que en la demanda se partió de una negación indefinida que en virtud de lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, eximía de prueba a la parte actora y la trasladaba a la contraparte, en este caso, a la administradora de los fondo de pensiones, que para desvirtuarla, debía acreditar la ocurrencia del hecho contrario, esto es, que por parte de esa entidades si se brindó la asesoría debida y como no lo hizo, generó que la decisión resultara adversa a sus intereses.

Es entonces, ante la falta de pruebas que permitan desvirtuar las negaciones indefinidas expuestas en la demanda, y por el contrario, el cumplimiento de las normas relativas al suministro de información suficiente, amplia y oportuna, que estaban vigentes para el año 1997, fecha en que se dio la vinculación al RAIS, así como en aplicación a las sub reglas fijadas por la jurisprudencia especializada en torno a la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por deficiencia o indebida asesoría, que resultan también aplicables a los casos de vinculación por primera vez, que esta Sala considera como acertada, la decisión de declarar la ineficacia del acto de selección del RAIS, que en su momento efectuó la demandante, imponiéndole a la AFP Porvenir S.A., afrontar la devolución de los dineros que recibió por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, en caso de haberse recibido, rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

concepto de gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, no solo porque fue la entidad que recibió las cotizaciones, sino también porque es importante recordar que al tenor de lo contemplado en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, que fueron compilados en los artículos 2.2.7.4.1<sup>3</sup>. y 2.2.7.4.3<sup>4</sup> del DUR 1833 de 2016, los promotores que lleguen a ser utilizados por las AFPs, estaban en el deber de suministrar a los posibles afiliados en el momento de promocionar la afiliación, información suficiente, amplia y oportuna, so pena de hacer responsable a la respectiva administradora, de cualquier infracción, error u omisión, que llegare a causar algún tipo de perjuicio a los intereses de los afiliados.

En este punto, es importante resaltar que a pesar de que las pretensiones de la demanda se enfilaron para obtener la declaratoria de nulidad del acto de traslado de régimen pensional, fue acertada la decisión de resolver el asunto a partir de la ineficacia del negocio jurídico y no de la nulidad, como quiera que es aquella y no ésta la consecuencia que se genera, a la luz del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuando la decisión de cambiarse o vincularse a un régimen pensional, no estuvo precedida del ofrecimiento de la debida información.

Así mismo, la Sala considera que fue acertada la decisión de ordenar como consecuencia de la ineficacia declarada, que Porvenir traslade a Colpensiones, todo aquello que hubiere recibido a nombre de la demandante por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros que se hubieren causado, comisiones de administración y porcentaje destinado a la pensión de garantía mínima, en tanto si bien no se puede desconocer que no fue probado que la parte actora estuvo vinculada

---

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

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

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

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

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del extinto Instituto de Seguros Sociales, o a través de alguna de las Cajas de Previsión existentes para esa época, pues así debe entenderse en virtud de lo consagrado en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que la declaratoria de ineficacia que se deriva del artículo 271 ídem, no solo conlleva a dejar sin efecto alguno el acto de afiliación, sino que permite que éste se vuelva a llevar a cabo por parte del trabajador de manera libre y voluntaria, luego entonces, como la demandante a lo largo del proceso ha sido enfática al manifestar su intención de ingresar al Régimen de Prima Media, no hay duda de que debe hacerlo a través de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, que es la única entidad que como administradora del citado régimen, está en la posibilidad de admitir nuevos afiliados.

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.

Así las cosas, son las anteriores razones las que conducen a confirmar en cuanto a la declaratoria de ineficacia de la vinculación inicial de la demandante al RAIS, la providencia que es materia de revisión.

● **Del segundo 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 de la demandante, también traslade a Colpensiones, las sumas descontadas a título de **“gastos de administración”**, la respuesta es afirmativa.

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada<sup>5</sup>, 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 2007<sup>6</sup>.

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

---

<sup>5</sup> CSJ SL-1688 de 2019.

<sup>6</sup> 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: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
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 afiliados<sup>7</sup>.

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 vinculación inicial, de ahí que el estado de las cosas es que la cotización completa que recibió el RAIS sea trasladada al RPM, sin que sea viable tener en cuenta lo previsto en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, en tanto que, lo allí consagrado, se estipuló para casos de restituciones entre regímenes debido a una multifiliación, que no es el caso que aquí se presenta.

● **Del tercer problema jurídico planteado:**

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, así como lo

---

<sup>7</sup> 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: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

descontado por concepto de primas de los seguros previsionales, 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.

Ahora bien, por otra parte, 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 de la demandante, 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 que sí debe ser objeto de devolución, como quiera que durante el tiempo de vinculación de la 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

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Porvenir SA, así como de la indexación correspondiente a los gastos de administración, para de esa forma garantizar que las cotizaciones que la demandante realizó por más de 18 años en el RAIS, regresen de manera íntegra al RPM.

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 o vinculación inicial, 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 o selección inicial, 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 traslade 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

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiere existido el acto o contrato. Así mismo, en el proceso tampoco se ha demostrado que se contrató el seguro previsional ni el valor de la póliza que es colectiva y de participación, conforme al artículo 108 de la Ley 100 de 1993 y menos, cuál es el valor que de la respectiva prima de seguros le corresponde a la demandante afiliada en este proceso para que se pudiera proferir una decisión en concreto si llegare a ser procedente.

Así las cosas, sin necesidad de efectuar algún otro planteamiento y atendiendo lo señalado en las consideraciones de esta providencia, se habrá de adicionar la sentencia en la forma antes indicada y 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 de la 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: ADICIONAR el ordinal tercero** de la parte resolutive de la Sentencia N° 007, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, el 8 de febrero de 2022, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **NILSA VELASCO PALOMINO** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR 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

Proceso: Ordinario Laboral.  
Radicación: 19001-31-05-003-2019-00089-01  
Demandante: Nilza Velasco Palomino  
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones  
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

administración. 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 de la 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.

**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.

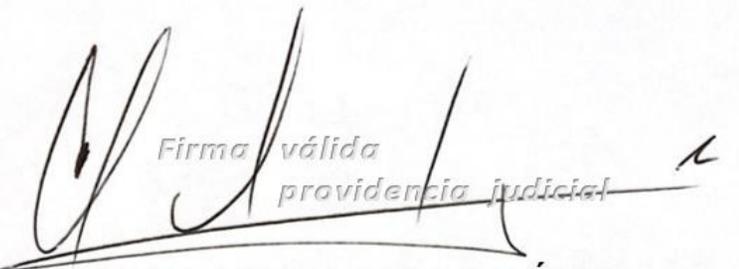
### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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**