

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
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, quince (15) de febrero 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, frente a la Sentencia N° 029 de 13 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **ELCY NARVÁEZ VARGAS** 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. **19-001-31-05-003-2020-00011-01.**

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 a folios 17 a 37 del cuaderno principal del

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir 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 la 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 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 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 76 a 87 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 de la demandante que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma”, “carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica”, “errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil”, “Retorno en cualquier tiempo al RPM, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: las expectativas pensionales del afiliado y la sostenibilidad financiera”, “indebida aplicación de las normas en materia de traslado de regímenes pensionales – vulneración del principio de confianza legítima”, “inoponibilidad por ser tercero de buena fe”, “inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen”, “cobro de lo no debido” y “prescripción”.*

1.2.2. La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA al ejercer su derecho de contradicción con la contestación de la demanda, visible a folios 186 a 209 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

formuló las excepciones de fondo de: *“prescripción”, “falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas”, “buena fe”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación”, “prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo”, “innominada o genérica”, “inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones” y “debida asesoría del fondo”.*

1.2.3. Intervención Ministerio Público

El Ministerio Público, a través de la Procuradora Judicial II para Asuntos Civiles y Laborales, intervino en el proceso a través del memorial que obra a folios 95 a 101 del cuaderno de primera instancia – expediente digital, solicitando que la aplicación del precedente judicial fijado por la CSJ Sala Laboral en materia de ineficacia de traslado de régimen pensional, especialmente en providencias SL 47125-2017, SL68852-2019 y STL3199-2020.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez agotadas las audiencias correspondientes a la primera instancia, el *a quo*, en audiencia de juzgamiento celebrada el 13 de agosto de 2021, dictó sentencia en la que resolvió: **(i)** declarar la ineficacia de la afiliación en pensiones de la demandante a la AFP Porvenir SA, llevada a cabo el 5 de marzo de 19956. **(ii)** declarar que, para todos los efectos legales, la 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 de los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital, junto con los bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos y lo descontado por concepto de gastos de administración. **(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 en costas y agencias en derecho a Porvenir SA.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 demandante 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 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.

Como fundamento de la alzada, la apoderada de la AFP Porvenir SA inició indicando que el deber de información aplicable a la fecha del diligenciamiento del formulario de la demandante, se encuentra regulado por el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como lo previsto en la versión original del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que imponían, el primero, que la selección de cualquiera de los regímenes era libre y voluntaria, manifestada por escrito al momento de la vinculación, y el segundo, que las entidades vigiladas tenían el deber de suministrar a sus usuarios, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, a fin de contar con

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

elementos de juicio claros y objetivos, para escoger las mejores opciones del mercado.

Señaló que, contrario a lo sostenido por la CSJ, lo cierto es que al deber de información de las AFP se le está dando un alcance que no corresponde con las normas que rigieron para cada momento, contraviniendo las reglas generales de aplicación de la ley en el tiempo, previstas en la sentencia 239 de 2001 y lo consagrado en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, que impiden aplicar retroactivamente leyes que se hayan proferido con posterioridad al traslado.

Precisó que, en el presente asunto, la demandante manifestó con su firma en el formulario de vinculación y su permanencia por más de 25 años, la voluntad de afiliarse y permanecer en el RAIS, de manera que, cumplidos todos los requisitos exigibles en el año 1996, la selección del régimen por parte de aquella fue totalmente válida, considerando que se está haciendo una inadecuada aplicación de la ley en el tiempo, en tanto se está equiparando el contenido del deber de información, con el deber de buen consejo, que sólo surgió con posterioridad a la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 y la Ley 1748 de 2014.

Mencionó que se vulnera el principio de confianza legítima, dado que el deber de asesoría e información por parte de las AFP ha tenido un desarrollo normativo, no siendo razonable ni jurídicamente válido que se les imponga deberes no existentes en el momento que se generó el traslado de régimen pensional, así como también, una vulneración de las reglas sobre carga de la prueba y valoración probatoria, al desconocer las pautas que imponen un estudio conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, en la forma prevista en el artículo 176 del CGP, ya que se le resta valor probatorio a la manifestación consignada en el formulario de vinculación, cuando precisamente la doctrina le ha reconocido a este documento, mérito para establecer el suministro de información.

Así mismo, precisó que se hace una valoración aislada del formulario de vinculación, omitiendo aplicar las reglas del artículo 242 del CGP, según las cuales, el juez debe apreciar los indicios en conjunto, que en el presente

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

caso corresponden a la voluntad de la demandante de permanecer en el RAIS por un periodo superior a 25 años, la recepción de extractos de la cuenta de ahorro individual sin observaciones, la ausencia de queja o reclamos, el suministro de información por la AFP por distintos medios, y el no ejercicio del derecho de retracto dentro de la oportunidad debida, resultando así la imposición de una carga de la prueba desproporcionada para Porvenir.

También manifestó el desconocimiento de las reglas existentes en materia de restituciones mutuas, al inobservar que existen prestaciones que por su naturaleza no pueden retrotraerse, constituyendo tal evento un límite o excepción a los efectos retroactivos de la declaratoria de ineficacia, tal y como es el caso de los gastos de administración, máxime, cuando los dineros depositados en la CAI de la demandante, tuvieron un incremento a través de los rendimientos generados por la buena administración que realizó Porvenir SA, de ahí que la demandante no pueda beneficiarse de las gestiones de dicha administración, sin que se efectúen los descuentos de que trata el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Precisa que el legislador impuso a las AFP como Porvenir SA, las obligaciones consignadas en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994, con la finalidad de lograr los objetivos de salvaguardar el patrimonio del afiliado, a efectos de la financiación de la pensión de vejez dentro del RAIS, por lo que, desde esa perspectiva, resultaría alejado del funcionamiento de ese régimen, considerar como detrimento del patrimonio del afiliado, la erogación correspondiente a los dineros que se destinan a cubrir los costos en que incurre la administradora para desarrollar las actividades tendientes al cumplimiento de sus obligaciones. Resaltó que se trata de unos gastos de administración a los que el afiliado también debió incurrir, en caso de haber permanecido en el RPM, en tanto así lo dispuso el legislador para ambos regímenes, siendo entonces improcedente hablar de un deterioro patrimonial.

Por lo tanto, señaló que Porvenir se opone a la orden impartida por el *a quo*, respecto a la devolución de valores por concepto de cuotas de administración, solicitando al Tribunal revocar la sentencia, ante el

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

cumplimiento del deber de información que le era exigible. No obstante, de mantenerse la decisión, solicitó no se ordene a Porvenir SA trasladar los valores referentes a cuotas de administración, disponiendo en su lugar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, que prevé la forma en que debe efectuarse el traslado de recursos entre el RAIS y el RPM, esto es, trasladar lo concerniente a la historia laboral del afiliado, los valores existentes en la CAI, más los rendimientos.

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 omitió ordenar a Porvenir SA que trasladara también a Colpensiones, lo atinente a indexación de los gastos de administración, aportes para garantizar la pensión mínima y las sumas adicionales de la aseguradora, teniendo en cuenta que, con la actual jurisprudencia, dichos rubros hacen parte de los valores que deben ser devueltos por las AFP, debido a la conducta indebida al momento de efectuarse el traslado de régimen.

En relación con la indexación de los gastos de administración, se colocó de presente lo dicho por la CSJ en providencias SL 1421 y 1688 de 2019 y AL1251 de 2020, así como también, lo dicho por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, en providencias de 4 de febrero y 4 de agosto de 2021, en las que avaló la decisión del juzgador de primer grado, en cuanto a la condena impuesta por concepto de la devolución indexada de los referidos gastos de administración. Y en relación con los aportes para la garantía de pensión mínima, solicitó tener en cuenta lo señalado por la CSJ, SL en providencia SL2877 de 2020.

Finalmente, frente a las sumas adicionales de la aseguradora solicitó al Tribunal reconsiderar la posición que hasta el momento ha mantenido, a fin de que no sea Colpensiones quien deba asumir las consecuencias patrimoniales por la omisión del fondo. E igualmente, en caso de considerarse que no es posible retrotraer las sumas adicionales entre la aseguradora y Porvenir, solicitó se ordene a esta última entidad, garantizar el traslado íntegro y pleno de los aportes efectuados por la demandante,

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

como quiera que los valores descontados por ese concepto son muy altos, y de pasarse por alto, se afectaría el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, aclarando que no se está solicitando que sea la aseguradora la que asuma la devolución de estas sumas, sino la AFP que realizó el descuento por más de 25 años, en un porcentaje del 1.6% del IBC.

Igualmente, solicitó al Tribunal se conceda la petición especial elevada en la contestación de la demanda, relativa a ordenar a la AFP Porvenir SA que normalice la afiliación en el sistema de información de administradoras de pensiones SIAF y que la devolución de los aportes a Colpensiones incluya la entrega del archivo y detalle de aportes realizados por la demandante durante su permanencia en el RAIS. Petición respecto de la que el *a quo* guardó silencio.

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, en tanto esa AFP cumplió con el deber de información que le era exigible para la fecha del traslado de la demandante, no siendo viable la declaratoria de ineficacia, ya que la demandante es una persona capaz que por haber firmado el formulario de afiliación, formalizó dicho trámite

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

conforme a la regulación vigente para esa época, por lo que el objeto y la causa del traslado son lícitos, generando obligaciones recíprocas para las partes, para el afiliado la de pagar los aportes y para la administradora realizar las labores de administración, por lo que solicita que en casos como el presente, se tenga en cuenta la estabilidad y el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, a fin de revocar la orden relacionada con el traslado de los recursos destinados a los gastos de administración, regulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y en su reemplazo, se ordene que se efectúe el traslado de recursos entre regímenes, en la forma establecida en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008.

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 y las sumas adicionales de la aseguradora, 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 SL 1688-2019, AL 1251 -2020 y SL 2877-2020.

Indicó que es necesario que se devuelva al RPM todo lo que debió recibir por concepto de la cotización, en tanto que de esta, mensualmente, se destinó una parte para la contratación de las sumas adicionales, que en razón de la declaratoria de ineficacia, debe ser objeto de devolución, máxime, cuando se desconoce si los valores que recibirá Colpensiones son suficientes para financiar la pensión del actor en el régimen de prima media, evitando de esa manera deba asumir el valor del faltante de la cotización. Por lo tanto, solicitó al Tribunal reconsiderar el criterio adoptado frente a la devolución de las sumas adicionales, ordenando el traslado de las mismas al RPM, a fin de garantizar la devolución plena de todos los valores generados en el RAIS.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Finalmente, en caso de no accederse a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, solicitó ordenar a Porvenir SA que garantice el traslado íntegro de los aportes efectuados por el actor desde su vinculación y hasta que se haga efectivo el traslado, y se revoque la condena impuesta a Colpensiones, respecto del pago de costas procesales.

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, 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:

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

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

5.2.3. ¿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?

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

5.2.5. 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 adicionar la decisión de primer grado. Lo anterior, como quiera que por parte de la AFP demandada no se acreditó que, de manera previa a la afiliación de la demandante, le suministró 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 de la demandante y lo descontado por concepto de gastos de administración. Ineficacia respecto de la que no resulta aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción. No obstante, debe adicionarse la providencia, en cuanto a

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

incluir dentro de los valores a trasladar a Colpensiones, la indexación de los gastos de administración, los dineros que de la cotización obligatoria se descontaron mes a mes por concepto de primas de seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, 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 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: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 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

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: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

en sentencia de 22 de noviembre de 2011 (radicado 33083), sentencia SL12136 de 3 de septiembre de 2014, SL19447-2017, SL 16889-2019, SL 4964 -2018, SL 4689-2018, SL1452-2019 y la providencia SL1421-2019 de 10 de abril de 2019, radicado 56174.

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

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

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

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

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

*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.*

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

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

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

De la misma manera, es importante señalar que sobre la inaplicabilidad de la prescripción 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 certificación de vinculación a la AFP Porvenir SA (fl. 10); copia de historia laboral emitida por la Oficina de Bonos Pensionales de Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 165 y 166), formulario de vinculación a la AFP Porvenir SA (fl. 167); copia de la historia laboral consolidada en Porvenir SA

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: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

(fls. 168 a 171) y certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP (fl. 181), se tiene que la demandante se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, a través de la AFP Porvenir SA, el 5 de marzo de 1996, haciéndose efectiva la vinculación, a partir de la misma fecha. Igualmente, la referida documental permite constatar que en el periodo comprendido entre el 29 de octubre de 1993 y el 1° de febrero de 1996, la demandante prestó sus servicios para el Departamento del Cauca, efectuando cotizaciones al parecer, ante la Caja de Previsión del Departamento.

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; afirmaciones que la Sala encuentra no fueron desvirtuadas por Porvenir SA, que comparece al proceso como entidad con quien se materializó el traslado de régimen pensional, tratando de acreditar el cumplimiento del deber de información y asesoría, con el simple aporte del formulario de vinculación, que si bien da cuenta de la manifestación de voluntad de la demandante, pues de ello da cuenta su firma, no permiten constatar que se trató de una manifestación debidamente informada, en los términos que precisa el criterio jurisprudencial que actualmente impera.

Es decir, por parte de la AFP se obvió aportar los medios de prueba que permitieran establecer en qué términos o forma fue que le brindó la 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, 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, o las mejores opciones que le puede brindar el otro régimen pensional, por unas

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 en dar a conocer al interesado, los efectos y riesgos que esa afiliación inicial o traslado podría acarrearle 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, bien para vinculación inicial o traslado de régimen, estuvo precedido de un conocimiento claro, completo y preciso, sobre las implicaciones de la decisión.

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 de la 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 a la afiliada 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

Es entonces, ante la falta de pruebas que permitan desvirtuar las negaciones indefinidas expuestas en la demanda, así como el cumplimiento de las normas relativas al suministro de información suficiente, amplia y oportuna, que estaban vigentes para el año 1996, fecha en que se dio la afiliación y vinculación de la demandante, y la aplicación de las sub reglas fijadas por la jurisprudencia especializada en torno a la ineficacia de tales actos, por deficiencia o indebida asesoría, que esta Sala considera como acertada, la decisión de declarar la ineficacia del acto de afiliación de régimen pensional que en su momento efectuó la demandante, imponiéndole a la AFP demandada afrontar la devolución de los dineros que recibió por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, en caso de haberse recibido, incluidos los rendimientos financieros y lo descontado por concepto de gastos y/o comisiones por administración, no solo porque fue la entidad que recibió las cotizaciones, sino también porque es importante recordar que al tenor de lo contemplado en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, que fueron compilados en los artículos 2.2.7.4.1³. y 2.2.7.4.3⁴

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

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

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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.

También se considera como acertada la decisión de ordenar la vinculación de la demandante a Colpensiones, así no exista prueba de que la señora Elcy Narváez Vargas con antelación al traslado de régimen pensional hubiere estado vinculada al entonces ISS, o certeza de que su vinculación fue con la Caja de Previsión del Departamento, en tanto la declaratoria de ineficacia no solo es predicable del acto de traslado entre regímenes pensionales, sino también en casos de afiliación por primera vez, en tanto del deber de información y asesoría que se predica de las AFP, es exigible en los dos eventos y porque en todo caso, en la actualidad, es Colpensiones la entidad que funge como administradora del régimen de prima media.

Y es que 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 los citados aspectos la providencia objeto de revisión.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

● **Del segundo problema jurídico planteado:**

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

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

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

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

⁵ CSJ SL-1688 de 2019.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir 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 afiliados⁷.

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

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

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

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

● **Del tercer problema jurídico planteado:**

En el recurso de apelación, la apoderada de Colpensiones solicita la adición de la sentencia, en el sentido de que también se imponga a la AFP Porvenir SA, la devolución de lo que hubiere descontado de las cotizaciones que recibió de la demandante, con destino a la garantía de pensión mínima, aspecto que la Sala estima procedente, 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.

Efectivamente, 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 que, tratándose de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, 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, así como también los rendimientos financieros causados en vigencia de la afiliación efectuada de manera irregular, como quiera que de no haberse presentado la misma, en el RPM la cotización también habría obtenido rendimientos, se habrá de adicionar el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia consultada, en el sentido de indicar que también será objeto de devolución por parte de la AFP Porvenir SA, las sumas que haya descontado con destino a la garantía de pensión mínima, de la cotizaciones obligatorias que mes a mes recibió a nombre de la

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

demandante Elcy Narváez Vargas, en tanto se trata de un rubro que en la actualidad se encuentra bajo la custodia y administración de la AFP demandada.

● **Del cuarto problema jurídico planteado:**

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

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 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 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, 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 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: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Porvenir SA, para de esa forma garantizar que las cotizaciones que la demandante realizó por más de 25 años en el RAIS, regresen de manera íntegra al RPM.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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.

• Del quinto 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, y con ello se reitera el cambio de posición que tuvo esta Sala en asuntos anteriores, en los que se negaba el reconocimiento de la referida indexación.

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 está 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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

formulado por parte de Colpensiones, adicionar la sentencia objeto de revisión en tal sentido.

Frente a la solicitud final elevada por la apoderada de Colpensiones en el recurso de apelación, relacionada con ordenar a la AFP Porvenir SA, que normalice la afiliación en el sistema de información de administradoras de pensiones SIAF y que la devolución de los aportes a Colpensiones incluya la entrega del archivo y detalle de aportes realizados por la demandante durante su permanencia en el RAIS, la Sala considera que se trata de un aspecto que debe entenderse incluido dentro de la declaratoria de ineficacia y traslado, como quiera que la orden no se cumple, con el solo traslado de los recursos, sino también de los documentos y archivos que dan cuenta de la vinculación, permanencia, pago de aportes y estado de la cuenta, que no es necesario que obre expresamente en el fallo declaratoria de ineficacia, en tanto es inherente a la misma. Por lo demás, no es viable que en la apelación de una de las entidades demandadas, se incluyan pretensiones en contra de otra de las entidades que integran el extremo pasivo de la Litis.

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 confirmándola en los 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° 029, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

de Popayán, el 13 de agosto de 2021, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **ELCY NARVÁEZ VARGAS** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, en el sentido de ordenar a Porvenir SA que traslade a Colpensiones, además de lo indicado en el referido ordinal (capital, rendimiento financieros, bono pensional, en caso de haberlo recibido y las comisiones por administración descontadas), lo que también descontó de las cotizaciones obligatorias que recibió de la demandante, con destino al pago de las primas de los seguros previsionales y la garantía de la pensión mínima, así como la indexación correspondiente a las sumas descontadas por gastos de 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,

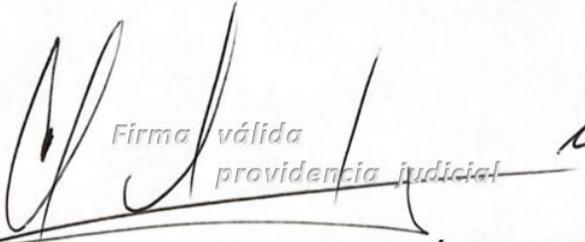
*Firma válida
providencia judicial*

**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO PONENTE**

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-003-2020-00011-01
Demandante: Elcy Narváez Vargas
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.


*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**