

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
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, primero (1º) 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 los apoderados judiciales de las entidades demandadas, frente a la Sentencia de 26 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **LEONEL RAMÍREZ RAMÍREZ**, contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**; al igual que el grado jurisdiccional de consulta que sobre la referida providencia debe agotarse en favor de esta última entidad. Asunto radicado bajo la partida No. **19-001-31-05-002-2020-00142-01**.

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

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES:

1.1. La demanda.

Como antecedentes fácticos relevantes, se tienen los contenidos en la demanda cuya copia obra en los folios 1 a 28 del anexo 3, cuaderno

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

principal - expediente digital, a partir de la cual la parte demandante pretende lo siguiente: **i)** se declare la nulidad del traslado del actor al RAIS, el cual se hizo efectivo a través de la AFP Porvenir SA; **ii)** se declare que la AFP Porvenir SA debe asumir con cargo a su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado para financiar la pensión de vejez del demandante, en razón de los gastos de administración en que se haya incurrido; **iii)** declarar que la AFP Porvenir SA debe trasladar al RPM, los existentes en la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado; **vi)** condenar a la entidad demandada al pago de las costas procesales.

1.2. Contestación a la demanda.

1.2.1. La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA, al ejercer su derecho de contradicción con la contestación de la demanda, visible a folios 2 a 24 del anexo 6 del cuaderno principal - expediente digital, señaló no constarle la mayor parte de los hechos, se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y propuso las excepciones de fondo de: *“prescripción”, “falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas”, “buena fe”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación”, “prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo”, “innominada o genérica”, “inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado la demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones” y “debida asesoría del fondo”.*

1.2.2. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- dio respuesta a la demanda mediante el memorial obrante en el anexo 7 del cuaderno principal – 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”, “indebida interpretación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional”, inexistencia de vicio en el consentimiento que indujera a error de la afiliación del demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma”, “imposibilidad alegar la ignorancia de la ley en los negocios*

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

jurídicos”, “buena fe”, “inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones”, “prescripción”, “responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social”, “juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado”, “imposibilidad de la declaración de nulidad y/o ineficacia de traslado en casos en que el actor se encuentre pensionado” e “innominada o genérica”.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

Una vez surtidas las audiencias de trámite correspondientes a la primera instancia, el Juez de conocimiento en audiencia pública llevada a cabo el 26 de julio de 2021, procedió a dictar sentencia en la cual en aplicación a lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, decidió: (i) declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, que con efectividad a partir del 1° de mayo de 1996 efectuara el demandante, a través de la AFP Porvenir SA, ante la ausencia de un consentimiento libre, voluntario e informado en la escogencia del RAIS. **(ii)** declarar que el demandante conservó el derecho a permanecer en el RPM hoy administrado por Colpensiones y en consecuencia se condenó a Porvenir SA como última administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como: cotizaciones, gastos de administración, bonos pensionales (si es del caso), sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado. Valores que señaló el *A quo* deben ser recibidos por Colpensiones. **(iii)** negó la excepción de prescripción, y; **(iv)** condenó a Porvenir S.A. a pagar las costas del proceso, estimando las agencias en derecho en suma equivalente a 2 smlmv.

Como fundamento de la decisión el *A quo* expuso que, en este evento, ante la ausencia de pruebas en el cumplimiento del suministro de información clara y suficiente en la afiliación que al RAIS efectuara el demandante, resultaba procedente declarar la ineficacia de tal acto, en atención de lo consagrado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y en lo precisado por la CSL a través de providencias SL 1452-2019, SL 56174, SL 1421-2019 y SL4875-2020. De la misma manera indicó que en el presente asunto no tuvo operancia el fenómeno jurídico de la prescripción.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

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

3.1. Del recurso de apelación formulado por Porvenir SA.

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

Señaló, contrario a lo sostenido por la CSJ, que al deber de información que corre a cargo 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 C-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, el demandante manifestó con su firma en el formulario de vinculación y su permanencia por más de 20 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 aquel 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

consejo, que sólo surgió con posterioridad a la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 y la Ley 1748 de 2014.

Menciona que se vulneran los principios de confianza legítima y debido proceso, 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, indicando que el asunto de la referencia debió ser resuelto con aplicación de lo dispuesto en el Decreto 693 de 1993 y no con normas posteriores, 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 y así deviene de los requisitos señalados en el Decreto 326 de 1996 y las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera.

Así mismo, precisa 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 caso corresponden a la voluntad del demandante de permanecer en el RAIS por un periodo superior a 20 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 manifiesta el desconocimiento de las reglas existentes en materia de restituciones mutuas en tanto existen prestaciones que por su naturaleza no es dable retrotraer, constituyendo un límite o excepción a los efectos retroactivos de la declaratoria de ineficacia, como es el caso de la devolución de dineros por concepto de gastos de administración.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

Refiere que condenar a Porvenir a efectuar la devolución de los dineros correspondientes a gastos de administración y a las comisiones, incluyendo el valor desembolsado para cubrir la prima de seguro previsional, desconoce las reglas existentes en materia de restituciones mutuas, el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa y el hecho de que, con la suscripción del formulario de vinculación, se crearon una serie de obligaciones para las partes, que respecto de Porvenir SA se concretaron en la administración de los recursos existentes en la CAI, a fin de que produjeran rendimientos, mediante el uso de recursos tecnológicos y humanos, así como el efectuar el contrato de seguro previsional, a fin de garantizar que en caso de tener ocurrencia alguna de las contingencias derivadas de la invalidez y la muerte, de ser necesario, por parte de la aseguradora se gire la suma adicional que permita financiar el capital que se requiera para cubrir las mencionadas contingencias.

Precisó que en el caso del actor no se ha presentado ninguno de los riesgos de invalidez o muerte, por lo que a Porvenir SA no ha ingresado ningún valor por concepto suma adicionales, de ahí que la condena que fue impuesta por este concepto, constituye una clara afectación al patrimonio de la entidad, que no ha hecho otra cosa que cumplir con las previsiones establecidas en la ley. No siendo igualmente justo condenar a la devolución de los recursos existentes en la CAI y sus rendimientos, sin la posibilidad de descontar lo correspondiente a gestiones de administración.

Finalmente, en caso de que la Sala decida la confirmación de la declaratoria de ineficacia del traslado, solicitó en cuanto a la devolución de recursos entre los diferentes regímenes, tener en cuenta lo provisto en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008 conforme al cual, sólo deben ser objeto de traslado, el valor existente en cuenta de ahorro individual, más no valores referentes a cuotas de administración y sumas adicionales por seguros previsionales.

3.2. Recurso de apelación de Colpensiones.

El apoderado de Colpensiones solicitó la revocatoria de la decisión de primer grado, en tanto en la misma se indicó que la AFP no demostró en el

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

proceso que le hubiese brindado una información veraz y suficientes al demandante al momento de efectuarse el traslado, sin tener en cuenta que la vinculación a cualquiera de los regímenes pensionales es libre y voluntaria, y en este caso, el actor manifestó esa voluntad por escrito con la suscripción del formulario de afiliación, que para ese momento, cumplía con los requisitos previstos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y las proformas adoptadas por la Superintendencia Financiera en las Circulares 034 y 037 de 1994.

Indicó no ser de recibo la aplicación de la inversión de la carga de la prueba, como quiera que en virtud de lo consagrado en el artículo 83 de la Constitución Nacional, se consagra el principio de buena fe en todas las actuaciones de los particulares y así también deviene del artículo 865 del C. Co, al establecer la presunción de buena fe, aún exenta de culpa, quedando a cargo de la parte que alegue lo contrario, el deber de acreditar tal situación. Evento que implicaba para el presente asunto, que fuera la parte actora la que acreditara que la actuación de la AFP no se ajustó al parámetro legal, máxime, cuando el actor no es un afiliado lego, contando con la capacidad para entender y comprender las obligaciones a las cuales se estaba haciendo acreedor, conforme a la información recibida por parte de los asesores de la AFP, y porque en todo caso tampoco demostró que se hubiese acercado a Colpensiones o a alguna de las AFPs a recibir alguna información adicional o solicitar una proyección pensional diferente a la recibida por Porvenir, constituyendo dichas conductas, elementos notorios sobre el deseo de continuar en el RAIS.

Solicitó tener en cuenta que, a pesar de que Porvenir SA traslade a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, los rendimientos y los gastos de administración, se genera una afectación al sistema pensional, en tanto que, nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a este esquema, dado que el periodo de permanencia obligatoria contribuye es al logro de los principios de universalidad y eficiencia, asegurando la intangibilidad y sostenibilidad del sistema, al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago de futuras mesadas y el reajuste periódico de las mismas, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en Sentencias C 1024-2004.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
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 las demandadas Colpensiones y Porvenir SA, presentaron alegatos de conclusión, así:

4.1. La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones en sus alegatos, reiteró lo argumentado al sustentar el recurso de apelación, relativo a la manifestación del actor de trasladarse de régimen pensional con la suscripción del formulario de afiliación, de manera libre y voluntaria; la imposibilidad de aplicar en este caso la inversión de la carga de la prueba, máxime, cuando los fondos sólo estaban obligados a registrar el consentimiento de los afiliados en los formularios de vinculación, sin que se hubiese acreditado que por parte del fondo no se cumplió con el deber de brindar una debida y suficiente información.

Indicó que, a pesar de que los fondos privados trasladen a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, los rendimientos financieros y gastos de administración existentes en la cuenta de ahorro individual debidamente indexados, se genera una afectación al sistema pensional, por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados en el régimen de prima media y que mediante providencia SL373-2021, la CSJ SL precisó que quienes hayan consolidado el derecho pensional y tengan la calidad de pensionados no podrán volver al RPM, a pesar de acreditarse que existieron fallas en la información, al tratarse de una situación jurídica consolidada, un hecho consumado y un status jurídico que no es dable revertir o retrotraer. Por lo tanto, solicitó se declaren probadas las excepciones de fondo formuladas con la contestación de la demanda y se revoque la sentencia de primer grado.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

4.2. Por su parte, la **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 del demandante, no siendo viable la declaratoria de ineficacia, ya que el actor es una persona capaz que por haber firmado el formulario de afiliación, formalizó dicho trámite conforme a la regulación vigente para esa época, por lo que el objeto y la causa del traslado son lícitos, generando obligaciones recíprocas para las partes, para el afiliado la de pagar los aportes y para la administradora realizar las labores de administración, por lo que solicita que en casos como el presente, se tenga en cuenta la estabilidad y el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, a fin de revocar la orden relacionada con el traslado de los recursos destinados a los gastos de administración, regulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y en su reemplazo, se ordene que se efectué el traslado de recursos entre regímenes, en la forma establecida en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

5.1. COMPETENCIA: En virtud de lo consagrado en el artículo 66 del C.P.T.S.S., con la modificación incorporada por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, es esta Sala de Tribunal competente para conocer de la alzada propuesta por la parte demandada –Porvenir SA y Colpensiones-, en contra de la sentencia enunciada en los antecedentes, por ser el Superior Funcional del Juzgado que profirió la decisión atacada, la cual además es susceptible de ser revisada, en razón del grado jurisdiccional de consulta, al tratarse de una providencia que en primera instancia trajo consecuencias a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-; de quien es garante la Nación, como quiera que le impuso como carga, el reintegrar al demandante como afiliado del RPM (artículo 69 del CPT y de la SS).

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 Porvenir S.A. y Colpensiones, la Sala considera como problemas jurídicos a resolver los siguientes:

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

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

5.2.3. Fue acertado ordenar a las AFP Porvenir SA, la devolución a Colpensiones del rubro denominado “*sumas adicionales de la aseguradora*”.

5.2.4. ¿Cuál es la incidencia de lo dicho por la Corte Constitucional en sentencias C-1024 de 2004 y SU-062-2010, en los procesos en los que se declara la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional?

5.2.5. ¿Es dable por parte de esta instancia pronunciarse sobre la devolución de sumas de dinero por concepto de primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes?

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

5.3. TESIS DE LA SALA: La tesis de la Sala frente a los cuestionamientos planteados se orienta, por una parte, a confirmar la decisión de primer grado en cuanto a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, como quiera que por parte de la AFP demandada no se acreditó que de manera previa al traslado, le suministró información completa y suficiente sobre los beneficios y las consecuencias que el referido cambio podía generar frente al derecho pensional; tratándose de una declaratoria de ineficacia respecto de la que no resulta aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción, siendo igualmente acertada la orden impartida a Porvenir SA, en cuanto a trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, a título de cotizaciones, bonos pensionales (de ser el caso) y gastos de administración y rendimientos, como quiera que dichos rubros hacen parte de las restituciones mutuas que por ley deben realizarse, no sucediendo lo mismo con las *“sumas adicionales de la aseguradora”*, siendo por ello necesario revocar en cuanto a este concepto, lo dispuesto en la parte resolutive de la sentencia objeto de revisión, máxime, cuando lo dicho por la Corte Constitucional en providencias C-1024-2004 y SU-062-2010, no tiene incidencia en asuntos como el presente.

5.3.1. Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

● Del primer problema jurídico:

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

Al respecto, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al cual se llega incluso por remisión contenida en la parte final del literal b) del artículo 13 de la misma norma, ha previsto que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del sistema de seguridad social integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para dar paso a que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, es claro que la libertad y voluntariedad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, por lo que no queda duda de que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1994 ya comentado, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

legislador ha previsto que habrá inexistencia del negocio. Esos requisitos, pueden ser puramente formales, relativos al contenido o a los sujetos.

Por lo tanto, si el querer de la ley es que la validez de la afiliación se supedite al correcto diligenciamiento del formulario de inscripción, que incluye la firma del afiliado, así como también a que la selección del régimen se haya efectuado de manera libre y voluntaria, previo suministro de la información completa y necesaria sobre los beneficios y desventajas del acto de traslado (dadas las condiciones particulares del interesado), no queda duda de que la consecuencia ante el incumplimiento de estos requisitos, sea otra que la declaratoria de ineficacia del acto por inexistencia.

Sobre el deber de las administradoras de fondos de pensiones de suministrar información completa y verás sobre los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones a sus posibles afiliados, en torno a su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, se tiene que el mismo constituye una obligación que se ha venido imponiendo y desarrollado a través de diferentes dispositivos normativos, entre los que se encuentran, entre otros, el Estatuto Orgánico y Financiero (literal f) artículo 72 y numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993), la Ley 100 de 1993, el Decreto 720 de 1994 (artículo 12), la Ley 795 de 2003, el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009, por medio del cual se modificó el literal c) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993¹, Ley 1741 de 2014, por medio de la cual se adicionó con un párrafo el artículo 9° de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2071 de 2015.

Así las cosas, es claro que el deber de brindar la debida información a los posibles afiliados, no constituye una obligación para las AFP que resulte ser reciente o novedosa, o que pueda entenderse como superada con la sola suscripción del formato de afiliación y/o traslado, aunque éste contenga una cláusula en la que se afirme que la decisión de afiliarse fue libre y voluntaria, pues siempre será necesario y se requerirá que, de manera previa al acto de vinculación, que se materializa con la firma del formulario,

¹ El citado artículo indica que las administradoras del RAIS tendrán la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas, y éstos, el deber de manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entienden las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan al fondo.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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.

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.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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”.²

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

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

Ahora bien, descendiendo al caso sometido a estudio, de los medios de prueba aportados y practicados dentro de la actuación judicial (expediente digital), entre los cuales se encuentran: certificado de afiliación a la AFP Porvenir SA, (fl. 25 anexo 6); formulario de vinculación a la entonces AFP Horizonte SA, hoy Porvenir SA (fl. 26 anexo 6); historia laboral consolidada ante la misma AFP (fls. 41 a 49, anexo 6); y certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP (fl. 50, anexo 6); se tiene que el demandante, durante el periodo comprendido entre el 21 de marzo de 1985 al 30 de abril de 1996, estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a través del entonces Seguro Social, hoy Colpensiones. Así mismo, se advierte que a partir del 1° de mayo de 1996, se hizo efectivo su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como quiera que mediante formulario suscrito el 29 de marzo de 1996, se vinculó a la entonces AFP Horizonte SA, hoy Porvenir SA; entidad a la que en la actualidad continúa vinculado.

En la demanda se afirma que por parte de la AFP se incumplió con el deber de suministrar al demandante de manera previa a la materialización del acto de traslado de régimen, información adecuada, suficiente y cierta que le permitiera conocer con certeza, las implicaciones de esa decisión; afirmación que la Sala encuentra no fue desvirtuada por Porvenir SA, que comparece al proceso como entidad responsable de los actos realizados por su antecesora Horizonte SA, con quien se materializó el traslado de régimen pensional, tratando de acreditar el cumplimiento del deber de información y asesoría, con el simple aporte del formulario de vinculación, que si bien da cuenta de la manifestación de voluntad del actor, pues de ello da cuenta su firma, no permiten constatar que se trató de una manifestación debidamente informada, en los términos que precisa el criterio jurisprudencial que actualmente impera.

Es decir, por parte de la AFP se obvió aportar los medios de prueba que permitieran establecer en qué términos o forma fue que le brindó la asesoría debida al 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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

sobre el producto que se ofrece, para de esa manera poder entender que cuando se acepta el servicio ofrecido, el usuario lo hace con el pleno conocimiento tanto de los beneficios como de las consecuencias, y por ende, obedece a una decisión adoptada de manera consiente y voluntaria, pues no sería lógico que ante un derecho de tanta importancia como lo es la pensión, el afiliado acepte cambiar las condiciones que ya traía, por unas que hagan más dificultosa la consolidación del derecho, o en su defecto, generen la reducción o mengua del mismo.

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

Y es que la Sala tampoco encuentra como el hecho de haber perdurado la afiliación del demandante en el régimen privado durante varios años, pueda convalidar las deficiencias de la afiliación, pues es precisamente cuando ya se encuentra ad portas de causar el derecho

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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

Es precisamente la inexactitud de la información y/o la omisión sobre la forma como el nuevo régimen se puede materializar en el caso específico del pretendido afiliado, el hecho que genera la ineficacia del acto de traslado, pues el Fondo de Pensiones no ejerció ninguna labor probatoria que permitiera determinar que en el acto de ofrecimiento del servicio, le proporcionó información suficiente, que llevara aparejado como un hecho indiscutido, que la decisión emitida fue libre y voluntaria, o como mínimo, que el personal asignado para brindar asesoría al actor para efectos de su vinculación, tenía los conocimientos necesarios para efectuar tal labor.

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

Es entonces, ante la falta de pruebas que permitan desvirtuar las negaciones indefinidas expuestas en la demanda, y por el contrario, el cumplimiento de las normas relativas al suministro de información suficiente, amplia y oportuna, 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 traslado de régimen pensional que en su momento efectuara el demandante, imponiéndole a la AFP demandada afrontar la devolución de los dineros que recibió por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, no solo porque fue la entidad que recibió las cotizaciones, sino también porque es importante recordar que al tenor de lo contemplado en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994,

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

que fueron compilados en los artículos 2.2.7.4.1³. y 2.2.7.4.3⁴ 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.

Y es que, como un argumento adicional para confirmar la decisión de primer grado ha de decirse, en aplicación a la línea jurisprudencial que actualmente impera, que los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables *-bien sean los de las leyes laborales y/o civiles*, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter declarativa, cuyo propósito es la recuperación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez bajo las garantías que de él emanan, se torna en un derecho de carácter imprescriptible.

Así mismo, es preciso señalar que esta Sala considera que en el presente asunto no resulta aplicable lo señalado por la H. CSJ en providencia SL373-2021, en la que concluyó que no era dable casar la sentencia del tribunal, a pesar de encontrar fundado el cargo relacionada con la inobservancia del deber de información por parte de la AFP demandada, al encontrar en ese asunto que el demandante ya tenía la calidad de pensionado y por lo tanto se trataba de una situación jurídica consolidada, en tanto se advierte que cuando la Corte hace referencia a dicha calidad, lo hace teniendo en cuenta que por parte de la AFP ya se

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

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

había reconocido formalmente el derecho a la pensión y la misma ya venía siendo percibida por parte del beneficiario, evento que no es concordante con el presente asunto, puesto que aquí no se ha acreditado que al demandante Leonel Ramírez Ramírez, la AFP Porvenir SA ya le reconoció la prestación por vejez; requisito que, aunado a la elección de la modalidad pensional, según el dicho de la misma Corte, constituyen elementos que determinan la causación de la pensión de vejez dentro del RAIS.

Así las cosas, son las anteriores razones las que conducen a confirmar en cuanto a los citados aspectos la providencia objeto del grado jurisdiccional de consulta y del recurso de apelación formulado por Colpensiones.

● **Del segundo problema jurídico planteado:**

Respecto de este ítem, relacionado con determinar si fue acertado ordenar a la AFP demandada que además de los valores que percibió por concepto de “*cotizaciones*”, devolviera también 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,

⁵ CSJ SL-1688 de 2019.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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 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

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

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:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

SL 4964 – 2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL 1688-2019)”.

Así las cosas, siguiendo la línea jurisprudencial imperante, la Sala estima que fue acertado ordenar a la AFP demandada, la devolución del rubro denominado gastos y/o comisiones de administración, en tanto se reitera, los efectos de la declaratoria de ineficacia conducen a tener como inexistente el acto de traslado, de ahí que el estado de las cosas es que la cotización completa que recibió el RAIS sea retornada al RPM, sin que sea viable tener en cuenta lo previsto en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, en tanto que, lo allí consagrado, se estipuló para casos de restituciones entre regímenes debido a una multifiliación, que no es el caso que aquí se presenta.

● **Del tercer problema jurídico planteado:**

Frente a este interrogante, relativo a determinar si era viable disponer que la AFP traslade a Colpensiones valores por concepto de “**sumas adicionales de la aseguradora**”, la respuesta habrá de ser negativa y por esa razón, sobre este ítem se habrá de revocar la decisión de primer grado.

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

Luego entonces, como en el presente caso no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, sino simplemente de determinar los efectos de la

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, queda evidenciado que no era dable incluir dentro de los conceptos que debe devolver la AFP a Colpensiones, lo correspondiente al rubro de “*sumas adicionales de la aseguradora*”, pues como ya se vio, en este caso no tendrían aplicación, por lo que sobre este aspecto, fue desacertada la decisión de primer grado, cuando decidió incluir dentro de los rubros que deben ser trasladados a Colpensiones, las referidas sumas adicionales.

De la misma manera, es importante precisar que si bien la Sala no desconoce que sobre la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del acto traslado, ha hecho referencia la Sala de Casación Laboral en varias de sus providencias⁸, citando como sentencia inicial la correspondiente al radicado 31989 de 2008, es importante precisar que es solo en la parte considerativa de esta providencia, más no resolutive que la Corte hace referencia a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, pero citando dicho rubro de manera enunciativa, al hacer referencia al deber de las administradoras de devolver al sistema, todos los valores que **hubiere recibido** con motivo de la afiliación. Por lo tanto, como en el presente asunto no está acreditado que la AFP demandada recibió respecto del demandante sumas de dinero por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, no era viable disponer tal traslado, por lo que este rubro será objeto de revocatoria.

En este punto, 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.

⁸ CSJ SL 2817 de 2019, SL 1421 de 2019, SL 17595 de 2017, SL 4989 de 2018.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

Ahora, lo destinado al pago de los seguros previsionales no se afecta con la revocatoria que del rubro denominado sumas adicionales de la aseguradora con esta decisión se hace, como quiera que la decisión de primer grado que aquí se confirma, ordenó la devolución de todos los valores que se hubieren recibido por concepto del traslado que se declaró ineficaz, concretamente, la cotización, que fue el rubro del que, en su momento, la AFP hizo descuentos para contratar los respectivos seguros previsionales, garantizando así, el retorno íntegro de la cotización al RPM.

● **Del cuarto problema jurídico planteado:**

En relación con lo manifestado por la Corte Constitucional en las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062-2010, en cuanto a la necesidad de propender por evitar la descapitalización del fondo común correspondiente al régimen de prima media con prestación definida y simultáneamente defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones en el RAIS, a efectos de que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otras, a raíz del uso de la figura del traslado entre regímenes pensionales; argumento que fue traído por el apoderado de Colpensiones al fundamentar la alzada, esta Sala considera que no pueden servir de soporte para poner trabas a la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, por una parte, porque cuando la Corte Constitucional habla de evitar la descapitalización del sistema, lo está haciendo en relación con la necesidad de establecer periodos de carencia o permanencia mínima en cada régimen pensional, antes de poder ejercer la facultad del traslado, o con la forma de recuperar el régimen de transición que se pierde para un grupo especial de afiliados, cuando hacen uso de la referida facultad⁹, es decir, trata el tema de traslados que realmente son válidos, que no es el caso que aquí se presenta, pues precisamente la declaratoria de ineficacia lo que produce, es restarle efectos al traslado, como si este nunca hubiere ocurrido.

⁹ Conforme a las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU 062 de 2010. Los beneficiarios del régimen de transición, en razón de contar con 15 años o más de servicios o cotizaciones a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden retornar al régimen de prima media con prestación definida para recuperar la transición, en cualquier tiempo.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

Por otro lado, lo que la Sala encuentra es que precisamente con la orden de devolver al régimen de prima media todo lo que el fondo de privado recibió por concepto de cotizaciones, incluidos los gastos de administración y los rendimientos financieros, lo que se busca es preservar la estabilidad financiera del sistema, que no se verá afectado cuando recibe de parte del fondo privado, todo lo que dejó de percibir por ese afiliado que indebidamente fue trasladado.

● **Del quinto problema jurídico planteado:**

Frente a este interrogante, encaminado a determinar si esta instancia debe efectuar algún pronunciamiento sobre la devolución de sumas de dinero por concepto de seguros de invalidez y de sobrevivientes, dada una de las quejas en que se soporta el recurso de apelación formulado la apoderada de la AFP Porvenir SA, la respuesta, en principio habrá de ser en sentido negativo, como quiera que si se revisa en lo que corresponde, la parte resolutive de la sentencia de primer grado, se advierte que de forma expresa no se impuso a la AFP demandada ningún tipo de devolución por ese concepto.

Sin embargo, es claro que la orden dada a Porvenir SA, de devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, haciendo alusión expresa a las cotizaciones, da absoluta claridad de que los valores que de la cotización fueron destinados para la contratación y pago de los seguros de invalidez y sobrevivientes, también deben entenderse incluidos en la devolución. Aspecto que la Sala segunda, porque reservarle a Porvenir valores que hacen parte de la cotización, implica restarle efectos a la ineficacia del traslado como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido y por eso es que la Corte Suprema de Justicia, a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

Y es que igualmente no se considera procedente que, para resolver la relación jurídica entre el afiliado y las administradoras vía ineficacia del traslado, se pueda echar mano a la validez de un contrato de seguro con un tercero, que es una relación jurídica ajena al proceso, de la cuál si surgiere algún derecho u obligación, debería resolverse en proceso aparte entre las partes interesadas.

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

De ahí que, permitir que Porvenir no devuelva el valor de las primas de los seguros previsionales, implicaría 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, máxime, cuando en este 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 al demandante afiliado en este proceso para que se pudiera proferir una decisión en concreto si llegare a ser procedente, por lo que también, por falta de prueba es imposible que prospere la inconformidad respecto a la no devolución de las primas del seguro previsional, que como ya se dijo, se entienden incluidas en la devolución de la cotización completa al RPM.

Proceso:	Ordinario Laboral.
Radicación:	19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante:	Leonel Ramírez Ramírez
Demandado:	AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento:	Apelación y consulta Sentencia.

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

En razón y mérito de lo expuesto la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal 4° de la parte resolutive de la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, el 26 de julio de 2021, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **LEONEL RAMÍREZ RAMÍREZ**, 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 condena allí impuesta a Porvenir SA, respecto del presente asunto, **NO** incluye valores por concepto de “*sumas adicionales de la aseguradora*”. En lo demás, se confirma la sentencia recurrida y revisada en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia a favor del demandante y a cargo de la demandada Colpensiones, a quien se le resuelve de manera totalmente desfavorable el recurso de apelación. De conformidad con lo consagrado en los artículos 365 y 366 del CGP, una vez ejecutoriada la presente providencia se procederá a fijar por parte de esta instancia el valor de las agencias en derecho, para lo cual la Secretaría de la Sala deberá pasar nuevamente el asunto a despacho.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-002-2020-00142-01
Demandante: Leonel Ramírez Ramírez
Demandado: AFP Porvenir SA y Colpensiones
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS
(Con salvamento parcial de voto)



*Firma válida
providencia judicial*

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL