

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA.

Popayán, dieciocho (18) de julio de dos mil veintidós (2022)

Vencido el término de traslado concedido a las partes para presentar por escrito alegatos de conclusión y dando aplicación a lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 20220, le corresponde a la Sala entrar a resolver el recurso de apelación formulado por la apoderada judicial de la parte demandada AFP Porvenir S.A., frente a la Sentencia N° 007 de 4 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL**, adelantado por **MARÍA GLORIA IBARRA DE CARABALÍ** 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. **19-001-31-05-001-2020-00204-01**.

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, obrante en la carpeta 01, cuaderno principal - expediente digital, a partir de la cual la parte demandante pretende lo siguiente: **i)** se declare la nulidad del traslado que del RPM efectuó al RAIS; **ii)** se ordene a la AFP

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Porvenir S.A., a asumir con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez de la demandante, por los gastos de administración en que hubiere incurrido; **iii)** condenar a la A.F.P. Porvenir S.A., trasladar al RP, los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la de demandante, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y suma adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado y; **iv)** condenar a la A.F.P. Porvenir S.A. al pago de las costas procesales.

1.2. Contestación a la demanda:

1.2.1. La Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES- dio respuesta a la demanda, mediante el memorial obrante en anexo 06 del cuaderno principal - expediente digital, señalando no ser ciertos la mayor parte de los hechos, oponiéndose a las pretensiones de la demanda y formulando las excepciones de: *“inexistencia de la obligación - inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación del demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma”, “la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica”, “errónea e indebida interpretación del artículo 1604 del C.C.”, “cobro de lo no debido - 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 la confianza legítima”, “inoponibilidad de la responsabilidad de la afp ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen” y “prescripción”.*

1.2.2. La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dio contestación de la demanda, a través del memorial obrante en la carpeta 13 del cuaderno principal – expediente digital, aceptando algunos hechos y negando otros; se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de fondo de: *“prescripción”, “prohibición legal de aplicar retroactivamente la ley – Cumplimiento del deber de información aplicable al momento de la vinculación – Límites del deber de información”, “Principio de confianza legítima”, “falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas”, “buena fe”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara*

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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”-

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez surtidas las audiencias de trámite correspondientes a la primera instancia, la Juez de conocimiento en audiencia pública llevada a cabo el 4 de febrero de 2022 procedió a dictar sentencia en la cual resolvió: **(i)** declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a la AFP Horizonte S.A. (hoy Porvenir S.A.), efectuada el 1° de febrero de 1996. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales que la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM; **(ii)** condenar a la AFP Porvenir S.A., antes Horizonte S.A., como última administradora a la cual se efectuaron los aportes, a trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, éstos últimos, debidamente indexados. Valores que deben ser recibidos por Colpensiones. **(iii)** ordenar a la AFP Porvenir S.A., a normalizar la afiliación de la demandante en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalle de los aportes; **(iv)** negar la prosperidad de todas las excepciones de mérito propuestas por Colpensiones y Porvenir S.A. y, **(v)** Condenar en costas a la AFP Porvenir S.A.

En síntesis, como fundamento de la decisión, a partir de lo preceptuado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993, las Leyes 795 de 2003 y 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 incorporado al Decreto 2555 de ese mismo año, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015, la Circular Externa 016 de 2016, sobre doble asesoría, así como por la CSJ en su jurisprudencia, especialmente la providencia SL 1688-2019, indicó que la selección del régimen pensional es libre y voluntaria, teniendo las administradoras de los distintos regímenes, la

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

obligación de suministrar la información necesaria y suficiente para la adopción de decisiones dentro del sistema; información que el juez deberá analizar, dependiendo de la época en que se haya tomada la decisión de efectuar el traslado de régimen pensional, pero que ha existido desde la creación o fundación de las administradoras de fondos de pensiones, ya que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, privándolo de todo efecto, bajo la ficción jurídica de que el traslado nunca se realizó al RAIS, o más bien, que la persona continuó afiliada al RPM y no perdió los beneficios del régimen de transición.

Frente a las afirmaciones consignadas en formatos pre impresos de las administradoras de fondos de pensiones, en los que se indica que la afiliación se hace libre y voluntaria, apoyada en jurisprudencia de la CSJ SL, señaló que no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, como quiera que, de lo único que pueden dar fe es de la emisión de un consentimiento. De ahí que, de señalarse en la demanda que la entidad no cumplió con el deber de información que le correspondía, es a las administradoras a las que les corresponde, bajo la inversión de la carga de la prueba, acreditar el hecho contrario.

A partir de lo anterior, concluyó que la AFP Porvenir S.A. (antes Horizonte S.A.), incumplió su deber de información, de suerte que le permitiera a la demandante tener elementos de juicio claros y objetivos para escoger la mejor opción para su pensión. Por lo tanto, como en el presente caso no se acreditó que la AFP hubiera suministrado a la demandante información clara y precisa sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, incumpliendo con el deber que le asistía, decidió declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, ordenando a Porvenir SA que haga la devolución de los valores recibidos por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, éstos últimos, debidamente indexados, sin que dicha devolución se haya visto afectada por el fenómeno jurídico de la prescripción, al tratarse de una figura que resulta improcedente en estos eventos, tal y como lo ha dicho la

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

CSJ en providencias SL 12715-2014 y SL 4981-2020 y porque se trata de una decisión que no lesiona el principio de confianza legítima.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada judicial de la parte demandada AFP Porvenir S.A. formuló recurso de apelación, así:

3.1. Del recurso de apelación formulado por la apoderada de la AFP Porvenir S.A.:

Como fundamento de la alzada, la apoderada de la AFP Porvenir SA señaló que si bien es cierto en diversos pronunciamientos la CSJ SL ha señalado que se debe validar la información que en su momento se brindó a los afiliados sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional, ello ha sido respecto de aquellos afiliados a quienes el traslado ciertamente le generó consecuencias negativas, evento que no es el que aquí se presenta, en tanto que para el mes de marzo del año 1996, cuando la demandante se trasladó, resultaba imposible para cualquier persona, incluida la AFP, informar sobre la existencia de cualquier consecuencia.

Manifiesta que resultaría claramente negativo el traslado, para aquellos afiliados al RPM que desde el momento que suscribieron el traslado, ya tenían cumplidos los requisitos para pensión previstos en ese régimen o al menos uno de los dos, que no es el caso de la demandante, ya que para ese momento apenas había acreditado dos años de cotizaciones y no estaba cercana a cumplir la edad reglamentaria, de ahí que fuera imposible para Porvenir S.A., informar sobre la inconveniencia de pertenecer al RAIS, máxime, cuando las AFP no estaban obligadas a realizar proyecciones sobre expectativas pensionales, en tanto la misma surge como obligación, solo a partir del año 2014.

Refiere que en el caso de la demandante Porvenir le brindó en su momento toda la información necesaria para que efectuara el traslado y su permanencia en el régimen pensional, siendo importante tener en cuenta

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

que la demandante no ejerció dentro de la oportunidad debida el derecho de retracto ni el correspondiente traslado, interesándose únicamente por su plan pensional, desde hace 2 años, tal y como aceptó al absolver interrogatorio de parte, quedando así expuesta negligencia por su parte.

Frente a la decisión de primer grado, solicitó la revocatoria de la condena por concepto de gastos de administración y seguro previsional, al considerar que la misma desconoce la existencia de prestaciones que por su naturaleza no es dable retrotraer, constituyendo un límite a los efectos retroactivos de la declaratoria de ineficacia y desconociendo las reglas existentes en materia de prestaciones mutuas y al principio que proscribe el enriquecimiento su causa.

Al respecto, resaltó que el régimen de las restituciones mutuas tiene como objeto fundamental, que los traslados patrimoniales que queda sin justificación por declaratoria de ineficacia del acto jurídico, sean devueltos a las partes que los originaron, de tal forma que se les ponga en las circunstancias en que se encontrarían si aquél no hubiese tenido lugar. Refirió que la restitución ofrece problemas tratándose de prestaciones que es inviable retrotraer, como es el caso de las gestiones de administración de los recursos del afiliado y los valores pagados por la contratación del seguro previsional, que por mandato del artículo 14 del Decreto 656 de 1994, se encuentra a cargo de las AFP y por la que reciben como contraprestación, una comisión por administración sobre los aportes obligatorios, que precisamente se ven beneficiados a través de los rendimientos obtenidos de los recursos invertidos.

Manifestó que tratándose de prestaciones de hacer distintas a las de entregar cosas o de no hacer, la regla general es que lo ejecutado no es susceptible de retrotraerse, debido a que no es posible eliminar un comportamiento humano, como si este nunca se hubiese presentado, sucediendo lo mismo con los contratos de tracto sucesivo, frente a los que la CSJ ha afirmado que por la decisión judicial pierde el contrato su fuerza para lo futuro, quedando en pie los efectos hasta ese entonces.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Alegó que la ineficacia del negocio jurídico genera como consecuencia principal el derecho a las partes de ser restituidas al estado en que se encontrarían si el negocio nunca se hubiese celebrado, implicando que en aquellos casos en que las partes han ejecutado una parte de las prestaciones que tenían como fuente el negocio jurídico ineficaz, habrá lugar a que cada una reciba de regreso lo que haya entregado y en caso de haber cumplido con la obligación, a conservar la prestación correlativa que ha recibido como contrapartida, de ahí que ordenar que se restituyan los dineros que los fondos cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, desconoce las reglas de las restituciones mutuas, pues a pesar de que la AFP ejecutó cabalmente sus obligaciones y en virtud de ello generó una rentabilidad a favor del afiliado, se vería abocado a perder la respectiva compensación.

Precisó que desde esta perspectiva, la adecuada aplicación de las reglas sobre restituciones mutuas supondría respetar los efectos consolidados y que no se pueden retrotraer por su propia naturaleza como ocurre en la ejecución de obligaciones de hacer y que implican la prestación correlativa que aquella puede restituirse, pues de lo contrario se avalaría un enriquecimiento injustificado en cabeza de la demandante, al ordenárseles que devuelvan los dineros depositados en la CAI, más los rendimientos financieros, los gastos de administración y las primas de los seguros, respecto de situaciones que están consolidadas.

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 a cada una, conforme lo dispuesto el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, convertido en legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022.

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 las oportunidades concedidas, solo las demandadas A.F.P

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Porvenir S.A. y Colpensiones presentaron por escrito alegatos de conclusión, así:

4.1. La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., 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 de traslado de la demandante, por lo que el acto jurídico no podía ser declarado ineficaz. No obstante, manifestó que, en caso de mantenerse la decisión, no se ordene a Porvenir trasladar los valores referentes a cuotas de administración y primas de seguro, toda vez que con ello se desconocen las reglas existentes en materia de restituciones mutuas, y se deja de tener presente que Porvenir en todas sus actuaciones obró de buena fe y bajo el principio de confianza legítima.

Llamó la atención para que en decisiones judiciales relacionadas con asuntos de declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional se tengan en cuentas las reglas sobre restituciones mutuas, la equidad 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.

4.2. La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones en sus alegatos, manifestando que en el evento de que el Tribunal decida confirmar la sentencia, se adicione la misma, en el sentido de incluir dentro de las condenas impuestas a Colpensiones, 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 o en su defecto, se garantice la devolución íntegra de los aportes cotizados por el demandante al RAIS . Para el efecto, solicitó tener en cuenta lo definido en sentencia SL 1688 de 2019, respectivamente.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 S.A.-, 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 a la demandante como afiliada del RPM (artículo 69 del CPT y de la SS).

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

5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS: En virtud del grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación formulado por la parte demandada -AFP Porvenir S.A.-, la Sala considera como problemas jurídicos a resolver los siguientes:

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

administración y para el pago de las primas correspondientes a los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes?

5.2.3. Fue acertado no ordenar a la AFP Porvenir S.A., la devolución a Colpensiones del rubro denominado “sumas adicionales de la aseguradora”.

5.3. TESIS DE LA SALA: La tesis de la Sala, se orienta a **confirmar** la sentencia de primera instancia, como quiera que por parte de la AFP demandada no se acreditó que de manera previa al acto de traslado, le suministró a la parte actora información completa y suficiente sobre los beneficios y las consecuencias que el referido cambio podía generar frente su derecho pensional; siendo igualmente acertada la orden impartida a la AFP Porvenir S.A., como última administradora, de trasladar a Colpensiones todos los valores que a título de cotizaciones recibió con motivo de la vinculación de la demandante; cotizaciones que conforme a las distribuciones señaladas por la ley, está conformada por los recursos destinados a la cuenta individual de ahorro pensional con sus rendimientos, lo descontado por concepto de gastos de administración debidamente indexados, lo destinado al pago de las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y la garantía de pensión mínima. Declaratoria de ineficacia respecto a la que no resulta aplicable el fenómeno jurídico de la prescripción, ni la devolución de rubros por concepto de “sumas adicionales de la aseguradora”.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

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

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Para lo que aquí interesa, la ineficacia por inexistencia se presenta cuando faltan los presupuestos previstos en la ley para ello, los cuales deben concurrir al momento de la celebración del acto y sin los cuales, el legislador ha previsto que habrá inexistencia del negocio. Esos requisitos, pueden ser puramente formales, relativos al contenido o a los sujetos.

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

Sobre el deber de las administradoras de fondos de pensiones, de suministrar información completa y verás sobre los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones a sus posibles afiliados, en torno a su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, se tiene que el mismo constituye una obligación que se ha venido imponiendo y desarrollado a través de diferentes dispositivos, 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

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: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

una cláusula en la que se afirme que la decisión de afiliarse fue libre y voluntaria, pues siempre será necesario y se requerirá que, de manera previa al acto de vinculación, que se materializa con la firma del formulario, se acredite que se asesoró debidamente al potencial cliente sobre los beneficios y consecuencias de su decisión, pues de lo contrario, no podría predicarse que el acto de selección del régimen fue debidamente informado, y por ello libre y voluntario.

Sobre el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, tratándose del traslado a un régimen pensional a otro, pueden ser objeto de revisión y son fundamento de esta decisión, entre otras, las sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, reiteradas en sentencia de 22 de noviembre de 2011 (radicado 33083), sentencia SL12136 de 3 de septiembre de 2014, SL19447-2017, SL 16889-2019, SL 4964 -2018, SL 4689-2018, SL1452-2019 y la providencia SL1421-2019 de 10 de abril de 2019, radicado 56174.

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

“1. 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,

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. Es decir, debe estar dotada de transparencia máxima.

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

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

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

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

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: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 (**carpetas 01 y 13** del cuaderno primera instancia - expediente digital), entre los cuales se encuentran: historia laboral consolidada expedida por Porvenir S.A., certificación expedida por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca, certificación del Sistema de Información Administrativo y Financiero SIAFP, certificado de afiliación a Porvenir S.A., Solicitud de vinculación a Horizonte S.A. e Historia Laboral de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se tiene que la demandante, prestó sus servicios al Departamento del Cauca, inicialmente durante algunas épocas comprendidas entre el 1° de septiembre de 1982 y el 31 de diciembre de 1989, y posteriormente, desde el 14 de octubre de 1994 a la fecha, efectuándose las respectivas cotizaciones con fines pensionales a la hoy extinta Caja de Previsión del Departamento del Cauca y desde el mes de marzo de 1996, a través de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., en tanto suscribió el correspondiente formulario de afiliación en el mes de enero del mismo año.

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, en lo relacionado con el suministro de información, no fueron desvirtuadas por Porvenir S.A., que comparece al proceso no solo como actual administradora del régimen pensional al que se encuentra afiliada la demandante, sino como continuadora de las funciones que en su momento realizó la AFP Horizonte S.A., con quien se materializó el traslado de régimen pensional, debido a la fusión por absorción de la que fueron objeto.

Se hace la anterior afirmación, como quiera que no es dable tener por satisfecho el requisito de suministro de información y asesoría, con el simple diligenciamiento y suscripción del formulario de afiliación, pues si bien es cierto, allí aparece impresa la firma de la demandante como prueba de la

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

exteriorización de su voluntad, lo cierto es que tal acto no permite constatar que se haya tratado de una manifestación debidamente informada, en la forma y términos que precisa el criterio jurisprudencial que actualmente impera.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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.

La Sala tampoco encuentra como el hecho de haber perdurado la afiliación de la demandante en el régimen privado durante varios años, pueda convalidar las deficiencias de la afiliación, pues es precisamente cuando ya se encuentra ad portas de causar el derecho pensional, que puede advertir que las consecuencias que trajo consigo el traslado de régimen.

Es por lo tanto, la inexactitud de la información suministrada y/o la omisión sobre la forma como el nuevo régimen se pudo materializar en el caso específico de la demandante, el hecho que generó la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, pues la AFP no ejerció ninguna labor probatoria que permitiera determinar que en el acto de ofrecimiento del servicio, le proporcionó a la afiliada información suficiente, que llevara aparejado como un hecho indiscutido, que la decisión emitida fue libre y voluntaria, o como mínimo, que el personal asignado para brindar asesoría para efectos de la vinculación de la demandante, tenía los conocimientos necesarios para efectuar tal labor.

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

Es entonces, ante la falta de pruebas que permitan desvirtuar las negaciones indefinidas expuestas en la demanda, y por el contrario, el

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 el traslado, así como en aplicación a las sub reglas fijadas por la jurisprudencia especializada en torno a la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por deficiencia o indebida asesoría, que esta Sala considera como acertada, la decisión de declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional que en su momento efectuó la demandante, imponiéndole a la AFP Porvenir S.A., afrontar la devolución de los dineros que recibió por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, en caso de haberse recibido, rendimientos financieros debidamente indexados, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, pago de primas para la contratación de seguros previsionales y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, no solo porque fue la entidad que recibió las cotizaciones, sino también porque es importante recordar que al tenor de lo contemplado en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, que fueron compilados en los artículos 2.2.7.4.1³. 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.

Declaratoria que en todo caso se debe resaltar, la Sala considera no es lesiva del principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, en tanto que las sumas que deben ser reintegradas al RPM por parte de la AFP demandada, serán utilizadas para el reconocimiento del derecho pensional que llegue a causar en su momento la demandante.

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 adelanta sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.

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

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: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

De igual forma, esta instancia considera que fue acertada la decisión de ordenar a Porvenir S.A. que efectuara las devoluciones pertinentes ante Colpensiones, pues, aunque no se acreditó que con antelación al acto de traslado y/o vinculación, la demandante hubiere estado afiliada al ISS, las pruebas obrantes en el expediente si permiten constatar que estuvo vinculada a la entonces Caja de Previsión Social del Departamento del Cauca; entidad que en virtud de lo consagrado en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, de manera temporal, pasó a ser administradora del RPM, pero a la que no es dable ordenar que reciba nuevamente como afiliada a la demandante, en tanto ya no ejerce esa labor, pues fue objeto de liquidación mediante Decreto 0825 de 1995, siendo entonces lo correcto, que aquella sea vinculada a Colpensiones, que es la entidad que actualmente cumple la función de administradora del citado régimen.

Si bien es cierto, con el Decreto 0825 de 1995, también creo al Fondo de Pensiones Territorial del Departamento del Cauca, como sustituto de la Caja de Previsión Departamental, dicha creación se limitó, al pago de pensiones de vejez o de jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivientes ya reconocidas por la citada Caja, más no para que continuara con la administración del régimen de prima media con prestación definida.

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 las cosas, son las anteriores razones las que conducen a confirmar en cuanto a los citados aspectos la providencia objeto de revisión.

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. 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 la AFP Porvenir S.A. 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 y para el pago de las primas correspondientes a los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes**, la respuesta es afirmativa.

De los gastos u cuotas de administración.

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 la declaratoria 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

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: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 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.

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: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

De los valores destinados al pago de primas previsionales correspondientes seguros de invalidez y sobrevivientes.

Teniendo en cuenta que, en virtud 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 100 de 1993, las AFP están habilitadas para descontar mes a mes de la cotización obligatoria, un 3% para financiar con el mismo los gastos de administración y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, la Sala estima que la devolución de lo destinado al pago de las referidas primas también resultaba procedente, para de esa manera garantizar que la cotización obligatoria que en su momento dejó de recibir el RPM con ocasión del traslado, regrese a este de manera íntegra, en tanto 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.

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.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

seguros le corresponde a la demandante afiliada 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.

Así las cosas, la Sala encuentra que no le asiste razón a la apoderada de Porvenir S.A., en cuanto a la no procedencia de la devolución de gastos de administración y valores destinados al pago de primas de los seguros previsionales, en tanto aceptar tal tesis, como ya se dijo, implicaría restarle efectos a la declaratoria de ineficacia, que por encontrarse ajustada a los preceptos que gobiernan en materia de afiliación y/o selección de régimen pensional y la jurisprudencia que actualmente impera, debe ser confirmada.

● **Del tercer problema jurídico planteado:**

Frente a este interrogante, relativo a determinar si fue acertado no disponer que la AFP traslade a Colpensiones valores por concepto de **“sumas adicionales de la aseguradora”**, la respuesta habrá de ser afirmativa.

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 determinar los efectos de la declaratoria

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

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 decidió no 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 de la demandante sumas de dinero por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, no era 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.

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

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

Ahora, a partir de lo consignado en el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia materia de revisión, se puede observar que la *A quo* ordenó a la AFP Porvenir SA trasladar a Colpensiones, “*todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante*”, que no es otra cosa que la cotización completa, de la cual en su momento, la administradora hizo las deducciones correspondientes para el pago de las primas de los seguros colectivos y de participación para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

Luego entonces, esta instancia encuentra que la condena u orden impuesta a la AFP en la sentencia que ahora se revisa, incluye el valor que erróneamente, a título de “*sumas adicionales de la aseguradora*”, echa de menos la apoderada de Colpensiones, dado que la orden contempló el valor de la cotización completa, es decir, también los dineros que de esa cotización se descontaron para el pago de las primas correspondientes a los seguros previsionales de las pensiones de invalidez y sobrevivencia, garantizando de esa manera, el retorno íntegro de las cotizaciones al RPM.

Así las cosas, sobre este aspecto también se confirmará la decisión de primera instancia, y en vista de que el recurso de apelación formulado por la AFP Porvenir S.A., no logró salir avante, se impondrá a dicha parte el pago de las costas procesales correspondientes a la segunda instancia.

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: CONFIRMAR la Sentencia N° 007 de 4 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL**, adelantado por **MARÍA GLORIA IBARRA DE CARABALÍ** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y la

Proceso: Ordinario Laboral.
Radicación: 19001-31-05-001-2020-00204-01
Demandante: María Gloria Ibarra de Carabalí
Demandado: AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.
Motivo de pronunciamiento: Apelación y consulta Sentencia.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

*Firma válida
providencia judicial*
CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO PONENTE

*Firma válida
providencia judicial*
LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL

Con salvamento parcial de voto

*Firma válida
providencia judicial*
CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA SALA LABORAL