REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada Ponente

Dos (02) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	190013105003-**2021-00138-01**
Juzgado de primera instancia:	Tercero Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	MARIA DEL ROCIO PEÑA RIVERA
Demandadas:	▪ COLPENSIONES ▪ PORVENIR S.A.
Asunto:	**confirma sentencia** – Ineficacia de afiliación inicial al RAIS
Sentencia escrita No.	**28**

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, pasa esta Sala de Decisión Laboral, a proferir sentencia escrita que resuelve el recurso de apelación formulado por las apoderadas judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia No. 41 emitida el 24 de agosto de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán. Asimismo, el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, dentro del asunto de la referencia.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la demandante se declare: **i)** La ineficacia de la afiliación efectuada por la actora al RAIS través de PORVENIR S.A.; **ii)** Se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los gastos de administración, los valores de su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos causados; **iii)** Se ordene a COLPENSIONES a recibir por parte de porvenir, las sumas antes referidas y finalmente **iv)**, se conde en costas y agencias en derecho a las demandadas (Págs. 1 a 14 – Archivo PDF: "*02Demanda.pdf*"– Cdno 1ª instancia – Expediente digital).

2. Contestaciones de la demanda.

Las demandadas PORVENIR S.A.[1] y COLPENSIONES[2], dieron contestación a la demanda, oponiéndose a sus pretensiones.

En virtud del principio de economía procesal no se estima necesario reproducir *in extenso* las piezas procesales en comento (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

3. Decisión de primera instancia.

El A quo emitió sentencia No. 41 el 24 de agosto de 2022. En su parte resolutiva, decidió: **Primero**, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., suscrita el 31 de diciembre de 1998. **Segundo**, condenó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a efectuar el pago o traslado a COLPENSIONES, del total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la accionante, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a COLPENSIONES, junto con los bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido y las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual de la demandante por concepto de gastos de administración debidamente indexados, así como las descontadas con destino a la garantía de pensión mínima y seguros previsionales. **Tercero**, ordenó a COLPENSIONES recibir los valores trasladados por PORVENIR S.A., correspondientes al demandante. **Cuarto**, declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas por pasiva. **Quinto**, condenó en costas al fondo privado de pensiones. (…)

Para adoptar tal determinación, adujo que, en el expediente no fue posible verificar que la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. hubiera cumplido con el deber de suministrarle a la actora, de manera clara y precisa, los eventos favorables y desfavorables de la decisión de traslado de régimen pensional. Al negar la demandante que dicha información le fue suministrada, la carga de la prueba se invierte y correspondía al fondo privado demostrar que si cumplió con la misma. En ese entendido, se generó la ineficacia de la afiliación al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Por último, señaló que la declaración de ineficacia impide que pueda aplicarse el fenómeno prescriptivo.

4. Recursos de apelación.

4.1 Apelación PORVENIR S.A.

[1] Archivo PDF: "*08ContestaciónDemandaPorvenir"* – Cdno. 1ª instancia – Expediente digital.

[2] Archivo PDF: "*13ContestaciónDemandaColpensiones"* – Ibidem.

Reprochó la decisión del A quo, señalando que está dando aplicación a la línea jurisprudencial respecto de la ineficacia de traslado, cuando el asunto bajo estudio se trata de una afiliación inicial, que deja de lado que para el momento en que la actora realizó la afiliación, la Ley solo exigía guardar el soporte documental del formulario de afiliación, de manera que el fondo privado cumplió con los requisitos que exigía la normativa al momento de la afiliación, resalta que la actora pudo haber buscado su traslado al régimen pensional administrado por COLPENSIONES dentro de los términos que la ley le habilitaba y no lo hizo, y ha permanecido por más de 23 años vinculada al RAIS a través de PORVENIR S.A.

Advierte que la afiliación inicial se hace por una sola vez en la vida y que es de carácter permanente, vitalicio e irrepetible y por ende, no se puede invalidar dicho acto, lo que se puede invalidar es el traslado más no la afiliación inicial, la que por demás se realizó con la asesoría debida para el año 1998.

Que la decisión vulnera el principio de confianza legítima, los limites del deber de información.

Hace cita de la Sentencia SL1806 de 31 de mayo 2022 Radicado No. 88669, emitida por la sala de descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que la Corte señaló que si la demandante quería trasladarse de régimen debió hacerlo dentro de los términos de Ley y antes de que faltaran 10 años para que cumpliera la edad mínima

En caso de que se mantenga la decisión de declarar la ineficacia de la afiliación inicial solicita no se condene al traslado de los **gastos de administración y prima de seguros provisionales,** señalando que, con dichos ordenamientos, se desconoce que existen prestaciones que por su naturaleza no pueden retrotraerse, lo que constituye una excepción a los efectos de la ineficacia. Asimismo, se excluyen las reglas sobre restituciones mutuas (art. 1746 del C.C.) y el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa. Es inviable retrotraer las gestiones de administración de los recursos del afiliado. Que están a cargo de las AFP´s las obligaciones previstas en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994, dentro de las que se encuentra la gestión necesaria de invertir los recursos para garantizar una rentabilidad mínima en el RAIS. Además, no es factible retrotraer lo ejecutado por las partes. En suma, reclamó se revoque la condena por tales conceptos.

Agrega que el pago de las primas de seguros previsionales que en su momento realizó la AFP a la aseguradora, a fin de contar con el valor de la suma adicional necesaria para financiar la pensión de invalidez o sobrevivencia, ya no se

encuentran en poder de la AFP y por ende no es dable su devolución y de hacerlo se estaría afectando el equilibrio financiero del sistema de ahorro individual.

4.2. Apelación COLPENSIONES

Afirma que en el fallo de primer grado aplicó las reglas de la ineficacia de traslado a un asunto en el que se busca la ineficacia de la afiliación inicial, las que no son aplicables. Señala que, con la declaratoria de la ineficacia de la afiliación inicial se genera un problema frente a los efectos de la misma, dado que la actora no tendría donde volver, pues de declararse la ineficacia de afiliación al RAIS, no tendría una administradora a la que volver.

Refiere que, según la jurisprudencia actual, no es posible realizar la declaratoria de ineficacia de la afiliación inicial. En consecuencia, solicita se revoque la decisión de primera instancia.

En caso de mantenerse la decisión solicita se ordene a PORVENIR S.A. que traslade con destino a COLPENSIONES, las **sumas adicionales de la aseguradora indexadas**, y que todas **las sumas que se ordenan devolver en el numeral segundo de la parte resolutiva, sean trasladadas indexadas**, de conformidad con la sentencia SL1055 de 2022.

Solicita se acceda a la petición especial que se formuló desde la demanda, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. que al momento de cumplir el fallo remita a COLPENSIONES la documentación necesaria a efectos de dar cumplimiento al mismo.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

El apoderado judicial de COLPENSIONES, previo traslado para alegatos de conclusión en aplicación del artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020[3], se pronunció, así:

5.1.1. COLPENSIONES:

Ratifica las razones expuestas en la respuesta a la demanda y recurso de apelación. Solicitó de manera respetuosa a esta corporación, que en virtud de la competencia funcional y atendiendo el grado jurisdiccional de consulta que le permite examinar oficiosamente y sin ninguna limitación todos los aspectos que sirvieron de sustento

[3] La Ley 2213 del 13 de junio de 2022 adoptó como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto 806 de 2020.

a la decisión de primera instancia, se proceda a modificar o adicionar la aludida sentencia en el sentido de ordenar a la AFP accionada trasladar los valores ordenados DEBIDAMENTE INDEXADOS, en aras de salvaguardar y evitar la DESCAPITALIZACIÓN del régimen solidario de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, que en virtud de la orden judicial tiene la carga de recibir y pensionar a estas personas que no cotizaron al RPM o que lo hicieron de manera deficiente.

5.1.2. Las demás partes, guardaron silencio en el término conferido para formular alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

En virtud a los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, corresponde a la Sala establecer:

1.1. ¿Fue ajustada a derecho la decisión adoptada por el *A quo* de declarar la ineficacia del acto de afiliación inicial al RAIS?

1.2. ¿Es acertado que, en virtud de la declaratoria de ineficacia, además de las cotizaciones, se traslade a COLPENSIONES, los rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere, gastos de administración indexados, sumas adicionales de la aseguradora, así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y seguros previsionales, indexados?

2. Respuesta al primer interrogante.

La respuesta es **positiva**. Es acertada la decisión de declarar la ineficacia del acto de afiliación inicial al RAIS. Correspondía al fondo privado, demostrar que la vinculación inicial de la demandante a dicho régimen pensional fue una decisión informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba tal acto. Al incumplir con esa carga probatoria, resulta procedente declarar la ineficacia pretendida en el introductorio.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

2.1. Ineficacia de la afiliación inicial y traslado de régimen pensional

La selección de uno de los regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte del afiliado. El literal b) del artículo 13 *ibíd*,

dispone que esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación. Para su validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, el empleador y la AFP.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de 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 que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador. Por tanto, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los citados regímenes, así como el derecho a obtener información debida y relevante, constituyen elementos intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias 31989 y 31314 del 9 de septiembre de 2008, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4811-2020, SL3202-2021 y SL3035-2021, entre otras, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

En esta dirección, en sentencia SL3349-2021 del 28 de julio de 2021, radicación No. 88826, se sintetizó la evolución normativa del deber de información, así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las AFP´s a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993. Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 (…)	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010.	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle.

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016.	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales[4].

En todo caso, recalcó que el mentado deber de información ha existido desde el inicio mismo del Sistema General de Pensiones, esto a partir del 1° de abril de 1994, por cuanto se encuentra plasmado en normas vigentes para la época. Luego, dicho proceso se ha reajustado con el propósito de que los usuarios-afiliados, tengan cada vez mayor acceso a una información que de suyo debe ser oportuna, veraz y transparente. Lo anterior, pasando de un deber de información necesaria, al de asesoría y de buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

En providencia SL3199 del 14 de julio de 2021, radicación No. 84288, se recordó que, desde su fundación, las AFP´s tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Desde esa perspectiva, concluyó que las AFP´s ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente sobre las características del RAIS y del RPM.

Asimismo, reiteró que la firma del formulario de vinculación y/o traslado, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos de las AFP, tales como: "«*la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones»*" u otro tipo de leyendas de este tipo, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. Por tanto, el acto de afiliación y traslado: "*debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales…*" (SL2937-2021).

En cuanto a la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, se ha enseñado que si el usuario alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. En ese sentido, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (SL3202-2021).

[4] Cuadro basado en el contenido en sentencia CSJ SL3349-2021 del 28 de julio de 2021.

Finalmente, y en relación con la aplicación de lo dispuesto por la Sala de Descongestión No. 04 en providencia SL1806 de 31 de mayo 2022, Radicación No. 88669, es relevante para esta Sala clarificar, que las salas de descongestión no están llamadas a modificar los precedentes jurisprudenciales de las Salas permanentes, y cuando la mayoría de los integrantes de aquellas consideren procedente cambiar la jurisprudencia sobre un determinado asunto o crear una nueva, deberán devolver el expediente a la Sala de Casación Laboral para que esta decida[5]. De manera que no les esta dada la posibilidad de modificar la jurisprudencia de manera directa.

Al respecto, en providencia C- 154 de 2016, la Corte Constitucional señaló:

> *"El objetivo de la descongestión es acelerar la toma de decisiones en los procesos detenidos para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia y la adopción de una sentencia en un plazo razonable. Su naturaleza es transitoria, pues pretende generar medidas de choque frente al represamiento de los procesos.*
>
> *Por su parte, la unificación de jurisprudencia pretende garantizar igualdad y seguridad jurídica por medio de una función de carácter permanente. La sentencia SU-241 de 2015[146] se refirió al tema en materia de casación laboral. Consideró que la unificación es parte de varios objetivos sistémicos de la casación que van más allá de las partes, pero inciden en la realización efectiva de sus derechos fundamentales.*
>
> *Como puede observarse, los objetivos de la descongestión distan de la búsqueda o participación permanente en la unificación de jurisprudencia. Si se aceptara que esta sala de descongestión conociera de la unificación se desnaturalizaría el objetivo para el que los cargos fueron creados, pues no lograrían ocuparse de la descongestión como corresponde. En efecto, el objetivo de esta sala no es crear nueva jurisprudencia, es resolver la mayor cantidad de casos en menos tiempo, por eso es razonable la medida que les impide conocer de la unificación.*
>
> *102.- Podría alegarse que esta medida restringe la autonomía e independencia judicial o incluso el debido proceso de los ciudadanos, pues los magistrados de descongestión no podrían, eventualmente, adoptar una posición diferente a la de la jurisprudencia vigente en la Corporación. Este argumento no sería admisible porque* ***no existe ningún impedimento para que los magistrados***

[5] Artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un parágrafo al art. 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia – Ley 270 de 1996-.

> ***de la sala de descongestión discrepen de la jurisprudencia vigente o planteen la necesidad de crear una nueva postura, lo que la norma ha diseñado es un mecanismo en el cual, a fin de proteger el objetivo de la descongestión, los magistrados que discrepen o consideren que debe crearse nueva jurisprudencia deberán devolver el expediente a la Sala de Casación permanente para que sea esta la que decida.*** *De esta manera se garantiza la seguridad jurídica y la igualdad de trato en los órganos de cierre sin anular el objeto del programa de descongestión.* De esta manera se garantiza la seguridad jurídica y la igualdad de trato en los órganos de cierre sin anular el objeto del programa de descongestión.

De lo anterior se concluye que "*cuando los magistrados de las Salas de Descongestión evidencien necesaria la creación o modificación de la jurisprudencia de la Sala Permanente, deberán remitirla a ésta, o, de lo contrario, sujetarse al criterio sentado por ella*." [6].

Atendiendo a lo expuesto, no puede esta Sala tener como un precedente vinculante la decisión aludida en precedencia, pues ésta va en contravía de las disposiciones de la Sala Permanente. La que ha propendido por hacer realidad el principio constitucional de igualdad de quienes buscan la protección de sus derechos en la administración de justicia. Derecho que se vería vulnerado si se da un trato diferencial a las personas que por falta al deber de información se afiliaron por primera vez al RAIS y a las que, por falta de ese mismo deber, se trasladaron a dicho régimen, siendo el único criterio diferenciador entre este grupo de personas, el momento en el que se afiliaron al RAIS.

De manera que, al no encontrar un criterio diferenciador que justifique de manera suficiente el trato diferencial entre este grupo de personas, la Sala reiterará el criterio que viene manejando frente a la ineficacia de la afiliación inicial.

2.2. Caso en concreto.

Descendiendo al *sub lite* se desprende de la historia laboral de COLPENSIONES[7], historia laboral de PORVENIR S.A.[8], el historial de vinculación de ASOFONDOS[9] , certificado de afiliación emitido por PORVENIR S.A.[10] y el formulario de *afiliación*

---

[6] Sala de casación penal Sentencia STP3489 de 16 de febrero de 2021; Radicación No. 114754.

[7] Págs. 6 a 9 Archivo PDF: "15AnexosContestaciónColpensiones" – Cuaderno 1ª instancia – Expediente digital.

[8]Págs. 10 a 36 Archivo PDF: "10AnexosDemandaPorvenir" – Cuaderno 1ª instancia – Expediente digital.

[9] Pág. 3 Archivo PDF: "10AnexosDemandaPorvenir" – Cuaderno 1ª instancia – Expediente digital.

[10] Pág. 5 Archivo PDF: "10AnexosDemandaPorvenir" – Cuaderno 1ª instancia – Expediente digital.

inicial a PORVENIR S.A.[11], que la demandante ha estado vinculado al Sistema Pensional, así:

i) Al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, se afilió a través de PORVENIR S.A., el 31 de diciembre de 1998, con efectividad desde el 1º de enero de 1999. A esa administradora la actora continuó cotizando.

ii) Al Régimen de Prima Media no se encuentra en el plenario medio de convicción que demuestre afiliación efectiva por parte de la demandante, ya sea a través del I.S.S., hoy COLPENSIONES, ni tampoco de alguna Caja de Previsión Social.

En consecuencia, resulta evidente que: **i)** Previo a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y con posterioridad a ello, la demandante no estuvo afiliada al RPM; y **ii)** Su afiliación inicial al Sistema General de Pensiones se dio en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Nótese, inclusive, que, en la demanda y escritos de contestación al introductorio, se aceptó que la afiliación inicial al Sistema General de Pensiones se efectuó por la promotora de la acción en el RAIS a través de PORVENIR S.A. La ineficacia de esa vinculación inicial al S.G.P. constituye el litigio del *sub litium*. Por ende, corresponde a la Sala analizar si es procedente la ineficacia de la afiliación inicial efectuada por la actora al Régimen de Ahorro Individual.

Frente a la afiliación inicial al Sistema General de Pensiones, precisa la Sala que dicho acto se da por una sola vez y ostenta un carácter permanente en el tiempo. El artículo 13 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.2.1.2. del Decreto Único Reglamentario No. 1833 de 2016, dispone: "*la afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios periodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones*".

Por su parte, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prevé que la selección de uno cualquiera de los regímenes (RPM o RAIS), es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación inicial o del traslado.

En tal contexto, colige la Sala que los parámetros analizados en precedencia, referentes al deber de información por parte de las AFP´s a sus posibles afiliados en materia de ineficacia de traslado, pueden extenderse al *sub lite*, toda vez que las

[11] Pág. 9 Archivo PDF: "*10AnexosDemandaPorvenir*" – Cuaderno 1ª instancia – Expediente digital.

citadas obligaciones legales para las administradoras, se predican frente al acto jurídico, sea de afiliación inicial o de traslado de régimen, en el que prevalece el derecho del usuario de tomar una decisión libre y voluntaria, que se recuerda, requiere ser debidamente informada.

Igualmente, como la ineficacia tiene también su fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no puede perderse de vista que la última parte del inciso primero de dicha norma, señala que la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. En la demanda se ha expresado por la demandante su deseo de quedar afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES, por lo que no solo por la voluntad expresa del trabajador, y por la obligación o deber de preservar derechos fundamentales como el de la seguridad social, sino para cumplimiento del principio o derecho a la tutela judicial efectiva, que implica preservar el derecho que pretendía ejercer de afiliarse al sistema; deberá reconocerse la afiliación de la promotora de la acción al entonces ISS, hoy COLPENSIONES, como administradora del Régimen de Prima Media desde la fecha en que se realizó la fallida vinculación al RAIS ordenando el traslado de las cotizaciones y demás valores que se indicarán más adelante.

En efecto, revisado el material probatorio adosado al plenario, se advierte que brillan por su ausencia aquellas que conduzcan a determinar que la AFP PORVENIR S.A., al momento de vinculación inicial de la accionante al RAIS, le hubiere brindado la información y asesoría suficiente para llevar a cabo tal acto, pues si bien la actora aceptó haber recibido información sobre el RAIS, también señaló que esta no fue veraz y se brindó de manera incompleta. Nótese que, si bien la demandante suscribió el formulario de afiliación, del mismo no se deduce que los asesores de la AFP, le hayan informado lo necesario a fin de tomar una decisión tan trascendental, como lo era el fondo y el régimen al que podía vincularse y su futuro derecho pensional, explicándole los pormenores de los dos regímenes que subsisten. Por tanto, su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. En efecto, la simple firma del formulario y su contenido, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información.

Recuérdese que, a luz de los precedentes jurisprudenciales aludidos, la falta al deber de información de las AFP´s, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

Además, de acuerdo con lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en pronunciamiento del 3 de septiembre de 2014, radicación No.

46292, solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada, es que el juzgador puede avalar el mismo. A los Jueces no nos debe bastar con advertir que existió una afiliación o traslado al RAIS, sino que es menester, para la solución, advertir que el mismo era válido[12].

Nótese, además, que no se observa en el plenario que la actora hubiese recibido en correcta forma la información respecto a las condiciones de su afiliación inicial al RAIS, las diferencias existentes con el RPM, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro régimen. Por ende, a pesar que la solicitud de vinculación inicial se encuentra suscrita por la demandante y en la misma se indica que se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que no puede predicarse *per se* que tal selección hubiere tenido tales características, por lo que se concluye, que para la afiliación inicial no se cumplió con el deber de información debida y transparente.

Del interrogatorio de parte absuelto por la promotora de la acción, tampoco se entrevén manifestaciones que permitan establecer que fue debidamente asesorada, y que, por ello, era conocedora de todas las implicaciones que, en el presente como a futuro, podía involucrar el acto de afiliación inicial al RAIS.

El argumento referente a que la accionante se mantuvo por varios años en el RAIS, no puede revalidar las deficiencias de la vinculación inicial que le son atribuibles al fondo privado (SL2953-2021). Lo anterior se atempera al amplio precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL-1688-2019, SL-1689-2019, SL4373-2020, SL4811-2020, SL3202-2021 y SL3035-2021), en las cuales presupone las directrices o subreglas pertinentes para que se configure la ineficacia del traslado de régimen, que, a juicio de esta Sala de Decisión Laboral, son extensivas para la afiliación inicial. La reacción del ordenamiento jurídico a la vinculación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de afiliación o traslado (Arts. 271 y 272 Ley 100 de 1993).

Frente al tesis referente a que se suministró la información en favor de la demandante de conformidad con las normas vigentes para la data de vinculación, es preciso reiterar que, las AFP´s desde su fundación e incorporación al Sistema de

---

[12] "*…tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable".*

Protección Social, tienen el deber de proporcionar a sus potenciales afiliados una información objetiva, comparada y transparente, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, premisa que implica dar a conocer: *"«las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes»"* (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub litium*.

En este punto, es relevante señalar que ni la legislación, ni la jurisprudencia, tienen establecido que el afiliado debe ser titular de tal régimen o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia de la afiliación o traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4426-2019, SL4373-2020 y SL2953-2021).

Adicionalmente, se advierte que la declaratoria de ineficacia, no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones. Ello, por cuanto los recursos que debe trasladar el fondo privado a COLPENSIONES, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJ SL2877-2020, STL11947-2020, entre otras).

Es preciso recordar que la viabilidad de la ineficacia de la afiliación inicial por la falta al deber de información expuesta en el *sub lite* ya ha sido acogida por esta Sala Laboral en sentencias del 12 de octubre 2021, radicación 19001-31-05-003-2019-00201-01; del 15 de febrero de 2022, radicación No. 19001-31-05-003-2020-00011-01, M.P. CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA y fallo No. 038 del 2 de junio de 2022, radicación No. 90013105002-2020-00157-01, M.P. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ.

Colofón de lo expuesto, toda vez que la ineficacia de la afiliación priva al acto jurídico de sus efectos a tal punto de considerar que nunca existió, la demandante conservará todos los beneficios del RPM. Por tanto, se confirmará en lo que a la declaratoria de ineficacia atañe.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

La respuesta es **positiva**. PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales -si *los hubiere*-, los gastos de administración indexados, las sumas adicionales de la aseguradora, si se hubieren causado, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, indexados.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

3.1. Rendimientos financieros: El inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, prevé que el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros. Los literales a) y b) del artículo 60 *ibídem*, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones de dicho régimen, dependerá, entre otros, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Nótese que estos conceptos se producen por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, por lo cual, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, toda vez que el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio (SL2877-2020, SL4811-2020 y SL3199-2021).

3.2. Gastos de administración indexados: La comisión de administración son valores que debieron ingresar al RPM. Máxime cuando el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En aplicación del artículo 1746 del Código Civil, la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En consecuencia, si COLPENSIONES era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde al fondo privado de pensiones, asumir la devolución de estos conceptos.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adoctrinado que la declaratoria de ineficacia obliga al fondo pensional del RAIS a devolver al RPM los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES (SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020, SL373-2021, SL1022-2022, SL1125-2022, SL1126-2022). Por tanto, los argumentos de la apoderada judicial de PORVENIR S.A. no tienen vocación de prosperidad.

Asimismo, tal como lo dispuso la *A quo* procede su reintegro **indexado** a COLPENSIONES. Ello, con el propósito de mantener su poder adquisitivo inicial (SL4062-2021, SL4863-2021 y SL4803-2021, entre otras).

3.3. Porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima: El artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, señala que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al RPM, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al RPM (SL2937-2021, SL3349-2021 y SL4609-2021, entre otras).

3.4. Primas de los Seguros Previsionales: La Sala de Casación Laboral de la C.S.J., determinó la viabilidad de retornar dicho concepto al RPM administrado por COLPENSIONES. En sentencias SL4025-2021, SL4609-2021, SL3719-2021, SL5680-2021, SL4174-2021, SL755-2022, SL756-2022 y SL655-2022, resolvió que las primas de los seguros previsionales y el porcentaje de la cotización destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, deben trasladarse **de manera indexada** por parte del fondo privado, con cargo a sus propios recursos. En consecuencia, se adicionará el fallo de primer grado en aplicación del artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

Finalmente, es procedente abordar el concepto de sumas adicionales de la aseguradora. Ello, por cuanto se cumplen los presupuestos del artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., toda vez que, en el fallo de primer grado, no se profirió condena por dicho concepto, lo que podría generar un desequilibrio en la estabilidad financiera de la administradora del RPM.

3.5. Sumas adicionales de la aseguradora: La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en fallo del 8 de septiembre de 2008, radicación No. 31989, consideró que es procedente la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora. Lo anterior, ha sido ratificado en providencias SL2611-2020, SL4863-2021 y SL2601-2021. Asimismo, lo determinó en sede de instancia y en sus partes resolutivas en fallos SL1467-2021 y SL2953-2021.

Ahora bien, en virtud del 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. Tampoco constituye un capital que se encuentre a cargo de las AFP´s. Ello por cuanto de la revisión de los artículos 70 y 77 *ibídem*, lo que se observa 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. Lo anterior, en el evento en que no exista en la cuenta de ahorro individual el capital suficiente para financiar el pago de la pensión de invalidez o sobrevivientes, según sea el caso.

Luego entonces, como en el *sub lite* no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, sino simplemente determinar los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, las sumas adicionales de la aseguradora, única y exclusivamente si dicho rubro se hubiere causado. En tal sentido, se adicionará el fallo objeto de consulta.

Por último, la orden impartida por el *A quo* atinente a que al momento de efectuarse el traslado de los conceptos enunciados, deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores y demás información relevante que los justifiquen, se acompasa con el precedente jurisprudencial fijado por la C.S.J. SL en recientes fallos SL3719-2021, SL5680-2021, SL755-2022, SL756-2022 y SL655-2022, en los que se dispuso que al momento del retornar dichos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

4. Excepciones formuladas por pasiva

Por todo lo anterior, las excepciones de mérito formuladas por COLPENSIONES respecto de la cual, se surte la consulta, no tienen vocación de prosperidad. Frente a la excepción de prescripción, deviene señalar que se torna inaplicable frente a la ineficacia de afiliación inicial o traslado de régimen pensional. Ello, por cuanto sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el RPM. Asimismo, deviene inoperante ese medio exceptivo, por su nexo de causalidad con el derecho pensional (SL2611-2020, SL2953-2021 y SL4025-2021).

5. Costas.

De conformidad con el artículo 365 del C.G.P. y el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del C.S. de la J., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y en favor de la demandante, dado el fracaso del recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijarán en auto aparte. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta ni en contra de COLPENSIONES, por haber prosperado de manera parcial el recurso de apelación.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutiva de la sentencia objeto de apelación y consulta, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, además de los conceptos determinados por el *A quo*, las sumas adicionales de la aseguradora, si se hubieren causado, y la indexación de los porcentajes correspondientes a las primas de

seguros previsionales y el destinado a la garantía de pensión mínima, por lo antes expuesto.

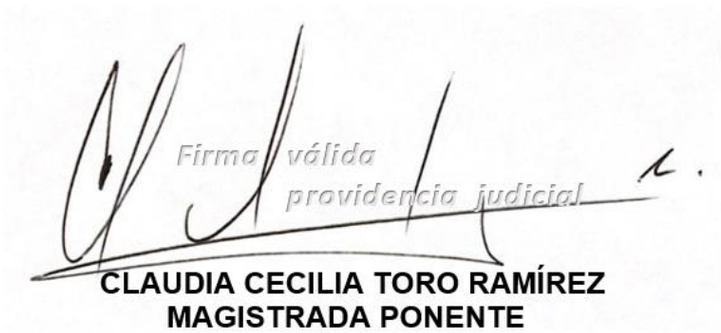
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la providencia objeto de apelación y consulta, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A., y en favor de la demandante. las agencias en derecho se fijarán en auto aparte.

CUARTO: NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en el artículo 9° de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, con inclusión de esta providencia. Asimismo, por edicto, el que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del C.P.T. y de la S.S.

En firme esta decisión devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA PONENTE

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL

LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL
(SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA SALA, DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIA DEL ROCIO PEÑA RIVERA, CONTRA PROVENIR Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2021-00138.

Con el acostumbrado respeto, me aparto de la decisión mayoritaria de incluir la condena en contra de la AFP del RAIS demandada, a la devolución de las sumas pagadas por concepto de las primas para la adquisición de los seguros previsionales, en primer lugar, porque no comparto el criterio relacionado con el pago de tales primas de los seguros previsionales con cargo al patrimonio de las AFP, al estar en contravía del tenor literal del artículo 20 de la Ley 100, en concordancia con el literal b) del artículo 60, en donde claramente se disponen los porcentajes de distribución de LAS COTIZACIONES de los afiliados, entre otros, para la compra de los seguros provisionales para beneficio de los afiliados.

Además, el legislador claramente asignó a las AFP del RAIS la función de ser simplemente administradoras de la cuenta individual de cada afiliado, como lo dispone expresamente el artículo 59 de la misma ley y estaba obligada por mandato legal a la compra de tales seguros previsionales, se insiste, cuyos beneficiarios son los afiliados, jamás las AFP, en la medida que las pensiones del RAIS se pagan con cargo a los recursos de la cuenta individual de cada afiliado, sin que las AFP cubran algún faltante con su propio patrimonio.

Para la compra de estas pólizas de seguros, las AFP sacan los recursos de los aportes de cada afiliado y a su vez Colpensiones del fondo común, toda vez que los beneficiarios del seguro son los afiliados.

Finalmente, porque tales negocios jurídicos con terceros de buena fe, sí conservan validez y producen efectos jurídicos, a pesar de la declaración de ineficacia del traslado.

Acorde con lo expuesto, respecto de estos gastos realizados por las AFP, en cumplimiento a un mandato legal, en favor del administrado, no procede ordenar la devolución como consecuencia de la declaración de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

En segundo lugar, reconsidero la decisión que había tomado en proyecto anteriores y salvo parcialmente el voto respecto a la condena a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, siempre que se hayan causado e indexadas, porque no procede tal condena, en la medida que su causación necesariamente deviene del hecho del reconocimiento de la pensión de invalidez o de sobrevivientes y en tal evento, no procedería la declaración de ineficacia del traslado y/o afiliación al RAIS, como tampoco de la referida condena.

LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL