



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

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada Ponente

Veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	190013105003-2021-00011-01
Juzgado de primera instancia:	Tercero Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	ALICIA VICTORIA SARASTY MADROÑERO
Demandadas:	<ul style="list-style-type: none">▪ COLPENSIONES▪ PORVENIR S.A.
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional y Régimen de transición.
Sentencia escrita No.	60

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 los **recursos de apelación** formulados por las apoderadas judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia No. 57 emitida el 25 de octubre de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán. Asimismo, el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la demandante se declare la ineficacia del traslado y/o vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS con PORVENIR S.A. llevado a efecto el 1º de septiembre de 1995. En consecuencia, se declare, **i)** que la demandante siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media – RPM, sin interrupción alguna; **ii)** que la demandante jamás se trasladó al RAIS, y en consecuencia conservó y consolidó en su favor el derecho a ser beneficiaria del régimen de transición pensional de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas y derechos propios derivados de una vinculación ininterrumpida al Régimen de Prima Media con prestación definida desde la afiliación inicial hasta el

momento en que causó, se le reconoció y pagó su pensión de vejez; **iii)** Se condene a las entidades demandadas a lo que resultare demostrado en el proceso, de conformidad con las facultades ultra y extra petita: y finalmente **iv)** se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho (Págs. 1 a 25 – Archivo PDF: “04Demanda” – Cdno 1ª instancia – Expediente digital).

2. Contestaciones de la demanda.

Las demandadas PORVENIR S.A.¹ y COLPENSIONES², 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. 57 proferida el 25 de octubre de 2022. Providencia que en su parte resolutive, dispuso: **Primero**, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. suscrita el 1 de septiembre de 1995. **Segundo**, declaró que, para todos los efectos legales, la actora nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo, siempre permaneció en el RPM. manteniendo en consecuencia el beneficio del régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. **Tercero**, condenó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, los porcentajes correspondientes a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, correspondientes al periodo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. **Cuarto**, ordenó a COLPENSIONES recibir los valores trasladados por PORVENIR S.A., correspondientes a la demandante. **Quinto**, declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas por pasiva. **Sexto**, 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

¹ Archivo PDF: “13ContestaciónDemandaPorvenir” – Cdno. 1ª instancia – Expediente digital.

² Archivo PDF: “09ContestaciónDemandaColpensiones” – Ibid.

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 del traslado 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.

Refirió que la Sentencia SL 373 de 10 de febrero de 2021, citada por las demandadas, para fundamentar improcedencia la declaratoria de ineficacia cuando hay una situación jurídica consolidada, como es el caso de estar pensionada la demandante desde 2013 por cuenta de COLPENSIONES, no tiene aplicación en el sub examine, toda vez que en Sentencia SL 2929 de 18 de mayo de 2022, Radicado 89010, la Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia aclaró que la restricción contenida en la sentencia citada en precedencia, solo aplica para los pensionados en el RAIS y no para los pensionados en el RPM como lo es en el asunto sub examine.

4. Recursos de apelación.

4.1. Apelación PORVENIR S.A.

Expresa su informidad con el fallo de primera instancia señalando que como se había referido desde la contestación de la demanda, en el sub examine se esta frente a un hecho consolidado, toda vez que la demandante ya se encuentra pensionada y por lo tanto le es aplicable la decisión emitida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373 de 2021, en la que se señala que no es posible retrotraer las cosas al estado anterior cuando hay una situación consolidada, como lo es el haber adquirido la demandante la calidad de presionada. Advirtiendo que como consecuencia de ello no se puede declarar la ineficacia del traslado, ni tampoco se le puede reconocer como beneficiaria del régimen de transición.

4.2. Apelación COLPENSIONES.

Manifiesta que reitera los argumentos señalados desde la contestación de la demanda y en los medios exceptivos planteados en el mismo. Reiterando que si bien la demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 36 años de edad, lo que en principio la hace beneficiara del régimen de transición, lo cierto es que la demandante perdió ese beneficio en el momento en el que voluntariamente se trasladó al RAIS en el mes de septiembre de 1995, traslado que surtió plenos efectos hasta el año 2002, cuando retornó al RPM. Pues tal y como se extrae de lo señalado en los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, declarados exequibles mediante sentencia C -189 de 2002, se excluye del beneficio

del régimen de transición, a las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones aun teniendo 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, se hubieran acogido voluntariamente al RAIS, o cuando habiendo estado en el RPM decidan trasladarse al RAIS, tal y como ocurre en el sub examine.

Finalmente señala que en el evento en que se confirme la sentencia de primera instancia, solicita de manera subsidiaria que se adicione la parte resolutive de la sentencia **i)** en el sentido de que también se ordene a PORVENIR S.A. el traslado de las sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, condena que se omitió al momento de emitir sentencia y **ii)** Que se ordene a PORVENIR S.A. que al momento de cumplir la orden, brinde a COLPENSIONES la información de los conceptos discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión en aplicación del artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio³, se pronunciaron, así:

5.1.1. DEMANDANTE

Solicitó se confirme la sentencia emitida en primera instancia, en cuanto despachó favorablemente las pretensiones de la demanda, fundamentando su pedimento en lo dispuesto en la sentencia CSJ SL2929 de 18 de mayo de 2022.

5.1.2. COLPENSIONES

Señaló que se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, en el sentido de indicar que la demandante perdió el régimen de transición en el momento en que voluntariamente se trasladó al RAIS en el año 1995, y aunque retornó nuevamente al RPM en el año 2002, lo cierto es que por virtud de dicho traslado en el RAIS, de conformidad con la Ley y la jurisprudencia sobre el tema, no es viable jurídicamente que conserve y/o recupere los beneficios de la transición, pues para el 1º de abril de 1994 la DEMANDANTE no tenía cotizados 15 años o más de servicios, por manera que una vez hecho el traslado al régimen de prima media en el año 2002, no podía recuperar

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

tal beneficio. En consecuencia, solicitó se revoque la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán.

5.1.3. PORVENIR S.A.

Solicita se revoque la sentencia, reiterando para ello los argumentos vertidos en el recurso de apelación, puesto que la demandante ostenta la calidad de pensionada, y en razón a ello no posible ordenar la ineficacia del traslado.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

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

1.1. ¿Procede la declaratoria de ineficacia del acto de traslado cuando a la persona se le ha reconocido y disfruta de pensión de vejez en el RPM?

1.2. ¿Fue ajustada a derecho la decisión adoptada por el *A quo* al declarar la ineficacia del acto de traslado de la demandante del RPM al RAIS?

1.3. ¿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?

1.4. ¿La demandante es beneficiaria del Régimen de Transición?

2. Respuesta al primer interrogante.

La respuesta es **positiva**. De conformidad con reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha sostenido que solo en el caso de los pensionados del RAIS no es posible dar efectos prácticos a la declaratoria de ineficacia de traslado, regla que no puede extenderse a los pensionados en el RPM, pues tienen efectos totalmente distintos y el restablecimiento de los derechos de estos últimos, no apareja las complejidades y tensiones propias de los pensionados del RAIS.

2.1. Declaratoria de Ineficacia para los pensionados en el RPM

En tratándose de posibilidad de declarar la ineficacia del traslado de régimen, cuando la demandante tiene su derecho de pensión consolidado, la Sala de

Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en decisiones CSJ: SL1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019, señaló que:

*“«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo», sin importar si el afiliado «tiene o no un derecho consolidado, tiene o no un beneficio transicional, o está próximo o no a pensionarse». Por esta razón, **el tener causado un derecho pensional no es, en principio, un impedimento para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen pensional.**”
Subraya del al Sala.*

Respecto de la posibilidad de declaratoria de ineficacia cuando la demandante se ha pensionado en el RAIS, la Alta Corporación en sentencia SL373 de 10 de febrero de 2021, con ponencia de la Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, señaló que:

“puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto (...) Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

De lo que se concluye que, en el caso de los pensionados en el RAIS, no es posible dar efectos prácticos a la declaratoria de ineficacia porque la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

A su turno, mediante Sentencia SL2929 de 2022, el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, al estudiar un caso similar al del sub examine, aclaró

que la regla anteriormente enunciada, no tiene aplicación para los pensionados en el RPM y que solo tiene efectos en los pensionados en el RAIS, señalando para ello que:

“Sin embargo, esta regla no puede extenderse a los pensionados del RPMPD, pues estos se encuentran en una situación completamente distinta, al punto que el restablecimiento de sus derechos no apareja las complejidades y tensiones propias de los pensionados del RAIS.”

De esta forma, el Tribunal también erró al declinar la declaratoria de ineficacia bajo el criterio que la demandante tenía un derecho consolidado en el RPMPD.” ⁴ *Subraya y negrita de la Sala.*

2.2. Caso en concreto.

En el sub examine, se tiene que COLPENSIONES, mediante Resolución GNR 321004 del 26 de noviembre de 2013⁵ reconoció el derecho pensional de la actora bajo los preceptos de la Ley 797 de 2003, decisión que modificada por medio de la Resolución GNR 339101 del 28 de septiembre de 2014⁶ cuando al desatar el recurso de reposición, se reconoció que la demandante tenía derecho al reconocimiento pensional con fundamento en la Ley 71 de 1988 en aplicación del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Finalmente, mediante Resolución VPB 36817 de 23 de abril de 2015⁷, al resolver el recurso de apelación, se decidió confirmar la Resolución GNR 321004 del 26 de noviembre de 2013.

Por ende, al haberse reconocido la pensión de vejez en el RPM y encontrarse actualmente disfrutando de la misma, procede el estudio de la ineficacia de traslado.

3. Respuesta al segundo interrogante.

La respuesta es **positiva**. Es acertada la decisión de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a PORVENIR S.A. como AFP a la que se trasladó la actora, demostrar que la afiliación de la demandante al RAIS, fue una decisión informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al incumplir con esa carga probatoria, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

⁴ Corte Suprema de Justicia SL2929 de 18 de mayo de 2022, radicación 89010; Ponencia del Magistrado IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

⁵ Págs. 120 a 126 Archivo PDF: “10AnexosContestaciónColpensiones” Cdo. 1ª instancia – Expediente digital.

⁶ Págs. 47 a 55 Archivo PDF: “10AnexosContestaciónColpensiones” Cdo. 1ª instancia – Expediente digital.

⁷ Págs. 137 a 143 Archivo PDF: “10AnexosContestaciónColpensiones” Cdo. 1ª instancia – Expediente digital.

3.1. Ineficacia del 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 patrón. 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 SL 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:

Etapas acumulativas	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 perjudicarlo.
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 ⁸ .

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 SL3199-2021 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 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, así como de los riesgos y consecuencias del traslado*” (SL2937-2021).

Finalmente, 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

⁸ Cuadro basado en el contenido en sentencia CSJ SL3349-2021 del 28 de julio de 2021.

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).

3.2. Caso en concreto.

Descendiendo al *sub lite* se desprende de la historia laboral de COLPENSIONES⁹ historial de relación de aportes de PORVENIR S.A.¹⁰, formulario de traslado de régimen pensional PORVENIR S.A.¹¹, historial de vinculación de ASOFONDOS¹², Certificación Electrónica de tiempos Laborados CETIL¹³, Resolución No GNR 321004 del 26 de noviembre de 2013¹⁴, que la demandante ha estado vinculada al Sistema Pensional, así:

i) En el Régimen de Prima Media, a través de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN – CAJANAL-, desde el año de 1982 hasta el año de 1995.

ii) El 01 de septiembre de 1995, se registra traslado desde el Régimen de Prima Media al RAIS a través de PORVENIR S.A. con efectividad a partir de la misma fecha.

iii) El 19 de marzo de 2022, se registra trasladó desde el RAIS administrado por PORVENIR S.A, con destino al RPM administrado por COLPENSIONES con efectividad a partir del 1 de mayo de 2022.

iv) Mediante Resolución No GNR 321004 del 26 de noviembre de 2013, COLPENSIONES, reconoció el derecho pensional de la actora dentro del Régimen de Prima Media.

En este preciso punto, deviene aclarar que previo al traslado de régimen pensional, la promotora de la acción se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media a través de CAJANAL. Ante una situación similar, la Sala de Casación Laboral¹⁵ de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1305 del 12 de abril 2021, radicación No. 83621, puntualizó:

“Es decir, que una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, la

⁹ Págs. 18 A 27 – Archivo-PDF- “03AnexosDemanda” Cdo. 1ª instancia – Expediente digital.

¹⁰ Págs. 21 a 33 – Archivo-PDF- “14AnexosDemanda” Cdo. 1ª instancia – Expediente digital.

¹¹ Pág. 34 – Archivo-PDF- “14AnexosDemanda” Cdo. 1ª instancia – Expediente digital.

¹² Págs. 38 a 41 – Archivo-PDF- “14AnexosDemanda” Cdo. 1ª instancia – Expediente digital.

¹³ Págs. 7 a 17 Archivo PDF: “10AnexosContestaciónColpensiones” Cdo. 1ª instancia – Expediente digital.

¹⁴ Págs. 120 a 126 Archivo PDF: “10AnexosContestaciónColpensiones” Cdo. 1ª instancia – Expediente digital.

¹⁵ Sala de Descongestión No. 4. M.P. Omar De Jesús Restrepo Ochoa.

actora resultó afiliada automáticamente al RPMPD, por pertenecer a la Caja de Previsión Municipal de Pasto, siendo ésta su primera selección, así se colige de la interpretación de los artículos 52 y 28 de la Ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, referentes a la facultad concedida por la ley a las cajas de previsión que preexistían a la vigencia de la Ley 100 de 1993, de administrar el mencionado régimen.

*De lo anterior deviene que contrario a lo señalado por el ad quem, en el presente evento, **no se trató de una afiliación inicial** por parte de la señora ...al Sistema General de Pensiones a través de Porvenir el 18 de mayo de 1995, **sino de un traslado de régimen**, ya que aquella con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones introducido por la Ley 100 de 1993, venía afiliada al RPMPD; en consecuencia, incurrió el sentenciador de segundo grado, en infracción de las normas denunciadas en la proposición jurídica”.*

Ahora bien, revisado el material probatorio adosado al plenario, advierte esta Sala Laboral, que brillan por su ausencia aquellas que conduzcan a determinar que el fondo privado, al momento del traslado de la accionante del RPM al RAIS, le hubiere brindado la información y asesoría suficiente para llevar a cabo tal acto. Nótese que si bien la actora suscribió el formulario de vinculación a PORVENIR S.A. 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 trasladarse 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 las AFP. En efecto, la simple firma del formulario y su contenido, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. A su vez, las otras documentales aportadas al expediente, solo dan cuenta de las historias laborales y las administradoras a las que ha estado afiliada la demandante.

Recuérdese que, a luz de los precedentes jurisprudenciales aludidos, la falta al deber de información de las AFP, 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 para el cambio de régimen, es que el juzgador puede avalar el mismo. A los Jueces

no nos debe bastar con advertir que existió un traslado al RAIS, sino que es menester, para la solución, advertir que el mismo era válido¹⁶.

Nótese, además, que no se observa en el plenario que la promotora de la acción hubiese recibido en correcta forma la información respecto del monto proyectado de la pensión, la diferencia en el pago de aportes y las consecuencias frente al monto de su pensión, así como la posibilidad de perder el régimen de transición, aspectos fundamentales para el presente caso, por lo que se concluye, que para el traslado no se cumplió con el deber de información debida y transparente.

En consecuencia, la determinación del *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional, 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 aquellas personas que habiendo estando afiliadas en el RPM, se trasladaron al RAIS, indicando que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado (Arts. 271 y 272 Ley 100 de 1993).

Frente al argumento referente a que se suministró la información en favor de la demandante de conformidad con las normas vigentes para la data del traslado, reiteraremos que, las AFP desde su fundación e incorporación al Sistema de 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»*”, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (SL3199-2021). El cumplimiento de dichas exigencias no se acredita en el *sub litium*.

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 reintegrar el fondo privado a COLPENSIONES, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las

¹⁶ “...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”.

reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJ SL2877-2020, STL11947-2020, entre otras).

Colofón de lo expuesto, toda vez que la ineficacia del traslado 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 la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado.

4. Respuesta al tercer problema jurídico.

La respuesta es **positiva**. PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, si aún no lo ha hecho, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, 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:

4.1. 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 adocinado 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).

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).

4.2 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).

4.3. 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, tal y como se determinó el fallador de primera instancia.

Finalmente, es procedente abordar el concepto de sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros y Bonos pensionales. Ello, por cuanto se cumplen los presupuestos del art. 69 del C.P.T. y de la S.S., toda vez que, en el fallo de primer grado, no se profirió condena por esos conceptos, lo que generaría eventualmente, un desequilibrio en la estabilidad financiera de la administradora del RPM.

4.4. Sumas adicionales de la aseguradora: La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 08 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 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. Por ende, procede el recurso de apelación elevado por COLPENSIONES, frente a este punto y, en consecuencia, se adicionará el fallo de primera instancia.

4.5. 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). En consecuencia, se adicionará la sentencia de primera Instancia en el sentido de ordenar a PROVENIR S.A. que, si aún no lo ha hecho, realice el traslado de estos valores a COLPENSIONES.

4.6. Bonos pensionales: El literal a) del artículo 113 del Ley 100 de 1993, prevé que cuando el traslado se produce del RPM al RAIS, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales (SL3199-2021, SL3349-2021 y SL4609-2021). Dicha orden debe entenderse bajo la condición que el accionante sea titular de tal concepto, se hubiere redimido y estuviere bajo la administración de la AFP. En consecuencia, se adicionará la sentencia de primera Instancia en el sentido de ordenar a PROVENIR S.A. que, si aún no lo ha hecho, realice el traslado de estos valores a COLPENSIONES.

Por último, acogiendo el precedente jurisprudencial fijado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en recientes fallos SL3719-2021, SL5680-2021, SL755-2022, SL756-2022 y SL655-2022, se ordenará a PORVENIR S.A. que al momento de trasladar los conceptos objeto de condena, deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

5. Respuesta al cuarto problema jurídico.

5.1. Régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en los casos de declaratoria de ineficacia de traslado.

Respecto a la posibilidad de la demandante de ser acreedora al régimen de transición, deviene relevante traer a colación lo señalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL2929 de 2022, en la que, al estudiar un caso similar al de sub examine, aclaró que:

Esta Corporación en la sentencia CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019, precisó que, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. (...)

Puesto que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Esto quiere decir que «si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones» (CSJ SL3464-2019). (...)

*En la medida que la ineficacia del cambio de régimen pensional implica que el afiliado nunca abandonó el RPMPD, ello significa a su vez que el traslado realizado hacia el RAIS no tiene relevancia jurídica, pues ha de entenderse que nunca ocurrió. **En otros términos, el supuesto de hecho de los incisos 4.º y 5.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme a los cuales quienes se trasladen voluntariamente al RAIS, a menos que tengan 15 años o más de servicios cotizados, pierden el régimen de transición (C-789-2002), no se configura cuando se declara la ineficacia del traslado, pues al amparo de esta figura ha de darse por sentado que las repercusiones jurídicas que se esperaban con la suscripción del traslado jamás ocurrieron, o lo que es igual, que el afiliado jamás se trasladó al RAIS.***

De manera que, el argumento de la recurrente COLPENSIONES, no es procedente, toda vez que al encontrar probado el incumplimiento del deber de información por parte de PORVENIR S.A. y haberse declarado la ineficacia del traslado, se deben aplicar las consecuencias propias de esta decisión, esto es, que no hubo un traslado de régimen pensional, y que, por tanto, la actora siempre permaneció en el RPM y por ende conservó los beneficios del régimen de transición.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispuso un régimen de transición para aquellas personas que, a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, esto es, al 1° de abril de 1994 o, a más tardar, al 30 de junio de 1995 para servidores públicos del orden territorial, cumplieran **con alguno** de los siguientes requisitos: **i)** 35 años de edad o más para el caso de las mujeres; o 40 años o más para el caso de los hombres; **o ii)** 15 años o más de servicios cotizados.

En virtud del citado régimen de transición, los afiliados que acrediten tal exigencia pueden acceder al reconocimiento de la pensión de vejez con el lleno de los requisitos establecidos en los regímenes pensionales anteriores.

En el caso bajo estudio, al haber nacido la demandante el 6 de junio de 1957, a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones contaba con 36 años, por lo que la accionante es beneficiaria del régimen de transición en razón a su edad. Beneficio que fue conservado por la demandante inclusive después de la modificación introducida por la por el Acto Legislativo 01 de 2005, vigente a partir del 29 de julio del mismo año (SL984-2021, SL5689-2021 y SL4512-2021), el que se dispuso la terminación del régimen de transición¹⁷ y estableció que no podía extenderse más allá del **31 de julio de 2010**, previendo, como excepción a los trabajadores que, estando en dicho régimen, tuvieran cotizadas al menos **750 semanas** o su equivalente en tiempo de servicios, a la data en que inició su vigencia, para lo que se mantendrían los beneficios del pluricitado régimen hasta el **31 de diciembre del año 2014**.

Lo anterior, debido a que la demandante, a la entrada en vigencia del Aludido Acto administrativo contaba con un total de 9.825 días, equivalentes a 1.403 semanas, las que acumuló hasta el año 2009, tal y como se consignó en las resoluciones que abordaron el reconocimiento pensional de la demádate, esto es, la Resolución No GNR 321004 del 26 de noviembre de 2013¹⁸, Resolución GNR 339101 del 28 de septiembre de 2014¹⁹ y Resolución VPB 36817 de 23 de abril de 2015²⁰ y subsiguientes.

Cabe resaltar que las circunstancias la edad y semanas señaladas en antelación no encuentran reparo en por parte de COLPENSIONES, entidad que en todo caso fundamenta su apelación, en el hecho de que la demandante perdió el beneficio de

¹⁷ Parágrafo 4 del Acto Legislativo 01 de 2005

¹⁸ Págs. 120 a 126 Archivo PDF: "10AnexosContestaciónColpensiones" Cdn. 1ª instancia – Expediente digital.

¹⁹ Págs. 47 a 55 Archivo PDF: "10AnexosContestaciónColpensiones" Cdn. 1ª instancia – Expediente digital.

²⁰ Págs. 137 a 143 Archivo PDF: "10AnexosContestaciónColpensiones" Cdn. 1ª instancia – Expediente digital.

transición, en el momento en el que voluntariamente se trasladó al RAIS, como se extrae de lo señalado en los incisos 4º y 5º del Art. 36 de la Ley 100 de 1993. Argumentos que como se señaló en antelación no tiene vocación de prosperidad, puesto que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, se tiene como si la demandante jamás se hubiera trasladó al RAIS. Por lo que se confirmará la decisión que en primer grado se tomó al respecto.

6. Excepciones formuladas por pasiva

Por todo lo anterior, las excepciones de mérito formuladas por COLPENSIONES y PORVENIR no tienen vocación de prosperidad. Frente a la excepción de prescripción, deviene señalar que se torna inaplicable frente a la ineficacia del 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, resulta inoperante ese medio exceptivo, por su nexo de causalidad con el derecho pensional (SL2611-2020, SL2953-2021 y SL4025-2021).

7. 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. dado el fracaso del recurso de apelación. Frente a COLPENSIONES, no se condenará en costas dada la prosperidad parcial de su recurso. No hay lugar a imponer condena en costas en el grado jurisdiccional de consulta. Las agencias en derecho se fijarán en auto aparte.

IV. 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 **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia No. 57 proferida el 25 de octubre de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, 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. A si como también, se le ordenará a PORVENIR S.A., que, si aún no lo ha hecho, realice el

trasladado de los rendimientos financieros y bonos pensionales de la demandante a COLPENSIONES. Al momento de cumplirse esta orden, los 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, por lo antes expuesto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia 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 la Ley 2213 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


*Firma válida
providencia judicial*
**CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA PONENTE**


*Firma válida
providencia judicial*
**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL**


*Firma válida
providencia judicial*
**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 ALICIA VICTORIA ZARASTI MADROÑERO, CONTRA PROVENIR Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2021-00011.

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 previsionales 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 proyectos 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