



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

**Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ  
Magistrada Ponente**

Diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023)

<b>Proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	190013105002-2021-00223-01
<b>Juzgado de primera instancia:</b>	Segundo Laboral del Circuito de Popayán
<b>Demandante:</b>	ESNEDA GARCIA CUETOCUE
<b>Demandadas:</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ COLPENSIONES</li><li>▪ PORVENIR S.A.</li></ul>
<b>Asunto:</b>	<b>Revoca sentencia</b> – Ineficacia de traslado al RAIS
<b>Sentencia escrita No.</b>	<b>23</b>

## 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 la apoderada judicial de la parte DEMANDANTE, contra la sentencia de 5 de octubre de 2022, emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán.

## II. ANTECEDENTES

### 1. La demanda.

Procura la demandante se declare: **i)** La ineficacia del traslado efectuado por la actora al RAIS a través de PORVENIR S.A.; y **ii)** Se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, los valores de su cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos causados. Finalmente, la condena en costas y agencias en derecho (Archivo PDF: “03DemandaPoder” – Cdo 1ª instancia – Expediente digital).

## 2. Contestaciones de la demanda.

Las demandadas PORVENIR S.A.<sup>1</sup> y COLPENSIONES<sup>2</sup>, 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 en audiencia concentrada del 5 de octubre de 2022. En su parte resolutive, respecto a la señora ESNEDA GARCIA CUETOCUE decidió: **Primero**, declaró probada la excepción de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas en el proceso ordinario laboral propuesto por la actora **Segundo**, Condenó en costas a la parte demandante. **Tercero**. Si la sentencia no fuera apelada por la actora sùrtase el grado jurisdiccional de consulta (...) **Séptimo**. Negar la excepción de prescripción propuesta en cada uno de estos dos procesos ordinarios laborales. (...).

Para adoptar tal decisión, tras citar el marco normativo y jurisprudencial referente al traslado de régimen pensional, adujo puede invalidarse el acto de traslado entre regímenes, más no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho, esto de conformidad con la sentencia SL1806 de 31 de mayo de 2022, por lo que no es posible acceder a los pedimentos de la demanda.

## 4. Recurso de apelación parte demandante.

Argumentó que en la historia laboral allegada por la AFP PORVENIR S.A. se puede evidenciar que a la demandante se le cotizó a la Caja de Previsión Nacional y que en los periodos comprendidos entre el año 1987 a 1993 y 1998 a 2001, trabajó para el municipio de Páez y que sus cotizaciones debieron hacerse en las Cajas de Previsión. Argumenta que no pudo allegar elementos probatorios que demostraran estas vinculaciones, porque los solicitó a las entidades respectivas y estas no le dieron respuesta.

---

<sup>1</sup> Archivo PDF: "17ContestacionDemandaPORVENIR S.A" y "41ContestacionDemandaPORVENIRS.A" – Cdno. 1ª instancia – Expediente digital.

<sup>2</sup> Archivo PDF: "30ContestacionDemandaCOLPENSIONES--" Cdno. 1ª instancia – Expediente digital.

Señaló que en todo caso y si no se tratara de una ineficacia de traslado, si no una de afiliación inicial, la Jurisprudencia nacional ha dado el mismo trato a la ineficacia de la afiliación inicial y al traslado, pues en cualquiera de esos momentos, se le exige a las AFP brindar información previa a la afiliación, obligación que no se cumplió por parte de PORVENIR.

En tal contexto, requirió se revoque la totalidad del fallo proferido en primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda.

## **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 15 del Decreto Ley 806 de 2020<sup>3</sup>, se pronunciaron, así:

#### **5.1.1. COLPENSIONES:**

Ratificó la tesis sostenida desde la contestación de la demanda y solicitó se confirme la decisión proferida en primera instancia.

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

### **5.4. Decreto de prueba de oficio**

Mediante auto del 30 de marzo de 2023, se incorporó de oficio, como medio probatorio documental digital, la CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA DE TIEMPOS LABORADOS – CETIL- No. 202210800095980000840007 expedida el 31 de octubre de 2022, allegada en segunda instancia por la apoderada de la parte activa de la litis.

### **5.5 Traslado a las partes**

De la prueba documental indicada en el numeral que precede se corrió traslado a las partes según consta en informe de secretarial que aparece en el expediente digital cuaderno de segunda instancia<sup>4</sup>, habiendo transcurrido el término concedido, durante el cual las partes guardaron silencio.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Problemas jurídicos.**

---

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

<sup>4</sup> 14(1)NotaDespachoVencidoTrasladoPruebaIncorporadaOficio

En virtud al recurso de apelación impetrado por la apoderada de la parte demandante, corresponde a la Sala establecer:

1.1. ¿Fue ajustada a derecho la decisión adoptada por el *A quo* al no declarar la ineficacia del acto de afiliación inicial al RAIS?

1.2. De ser negativa la respuesta al anterior cuestionamiento, y de ser procedente la declaratoria de la ineficacia. ¿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 **negativa**. Contrario a lo señalado por el *A quo*, en el sub examine debió declararse la ineficacia del traslado al RAIS. Correspondía al fondo privado, demostrar que la afiliación de la demandante a dicho régimen pensional fue una decisión informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba tal acto. Al haberse incumplido con esa carga probatoria, resulta procedente declarar la ineficacia pretendida en el introductorio.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

### **2.1. 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 31989 y 31314 del 09 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:

<b>Etapa acumulativa</b>	<b>Normas que obligan a las AFP's a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
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 <sup>5</sup> .

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

<sup>5</sup> Cuadro basado en el contenido en sentencia CSJ SL3349-2021 del 28 de julio de 2021.

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 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, así como de los riesgos y consecuencias del traslado*» (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).

Finalmente, y en relación con la aplicación por parte del A quo, de lo dispuesto por la Sala de Descongestión No. 04 en providencia SL1806 de 31 de mayo 2022, Radicación No. 88669, deviene 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<sup>6</sup>. De manera que no les esta dada la posibilidad de modificar la jurisprudencia de manera directa.

---

<sup>6</sup> Artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que adicionó un párrafo al art. 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia – Ley 270 de 1996-.

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 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.”<sup>7</sup>.

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, el que no justifica de manera suficiente, que se les dé un trato desigual.

## **2.2. Caso en concreto.**

Descendiendo al *sub lite* se desprende de la historia laboral de PORVENIR S.A.<sup>8</sup>, Certificación Electrónica de Tiempos Laborados – CETIL- No. 202210800095980000840007<sup>9</sup>, el historial de vinculación de ASOFONDOS<sup>10</sup> y el formulario de afiliación al RAIS<sup>11</sup>, que la demandante ha estado vinculada al Sistema Pensional, así:

- i) En el Régimen de Prima Media, a través de la Caja de Previsión Municipal de Paez.
- ii) El 17 de febrero de 1998, se registra traslado al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A., con fecha de efectividad a partir del 18 de febrero del mismo año. última AFP a la que se ha afiliado la actora.

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 la Caja de Previsión Municipal de Paez. Ante una situación similar, la Sala de

---

<sup>7</sup> Sala de casación penal Sentencia STP3489 de 16 de febrero de 2021; Radicación No. 114754.

<sup>8</sup> Archivo PDF: “24HistoriaLaboralConsolidadaRAIS” – Cuaderno 1ª instancia – Expediente digital.

<sup>9</sup> Archivo PDF: “09(8)AnexoAlegatosDemandante” – Cuaderno 2ª instancia – Expediente digital.

<sup>10</sup> Archivo PDF: “22VinculacionSIAFP” – Cuaderno 1ª instancia – Expediente digital.

<sup>11</sup> Archivo PDF: “Formulario afiliación CC 19444569” – Carpeta: “014ContestacionDemandaPorvenir” – Cuaderno 1ª instancia Expediente digital.

Casación Laboral<sup>12</sup> 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 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 traslado, 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 la 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

---

<sup>12</sup> Sala de Descongestión No. 4. M.P. Omar De Jesús Restrepo Ochoa.

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 válido<sup>13</sup>.

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, aspectos fundamentales para el presente caso, pues la cuantía de la misma se vería seriamente mermada al continuar en el RAIS, por lo que se concluye, que para el traslado no se cumplió con el deber de información debida y transparente.

El argumento referente a que la accionante se mantuvo por varios años en el RAIS, no puede revalidar las deficiencias de la vinculación 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. 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, deviene reiterar que, las AFP's 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»*" (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub litium*.

En este punto, deviene 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

---

<sup>13</sup> "...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".

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).

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 revocará en su integridad la decisión de primera instancia que no declaró la ineficacia del traslado al RAIS frente a la señora ESNEDA GARCIA CUETOCUE.

Cabe resaltar, que en el asunto sub examine, aun cuando la accionante no hubiera demostrado una afiliación previa al RPM y se pretendiera la ineficacia de la afiliación inicial al RAIS, la decisión de esta Sala hubiera sido la misma, pues 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. 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 a la ineficacia de afiliación, toda vez que las citadas obligaciones legales para las administradoras, se predicen 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.

### **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:

La consecuencia del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del acto de traslado, lo que implica que las partes deben volver al mismo estado en que

se hallarían si no hubiese existido el acto de traslado de régimen. Dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se encontraba si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre).

**3.1.** Por tal motivo, PORVENIR S.A. deberá trasladar al RPM los siguientes conceptos:

**i) 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).

**ii) Frutos e intereses – Artículo 1746 del C.C.:** La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL4863-2021 del 06 de octubre de 2021, radicación No. 84293, reiteró que: *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, **con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado**”*. Lo anterior, ha sido reiterado en fallos SL2611-2020, SL2601-2021, SL3349-2021 y SL4025-2021, entre otros.

**iii) 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.

**iv) 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 **indexados** a COLPENSIONES. Ello, con el propósito de mantener su poder adquisitivo inicial (SL4062-2021, SL4863-2021 y SL4803-2021, entre otras).

**v) 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 al RAIS, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, las sumas adicionales de la aseguradora, única y exclusivamente si dicho rubro se hubiere causado.

**vi) 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).

**vii) Primas de los Seguros Previsionales:** En las providencias citadas en el ítem anterior, 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.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos citados en precedencia deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Lo anterior, en aplicación del precedente jurisprudencial fijado en sede de instancia por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en recientes fallos SL3719-2021, SL5680-2021, SL755-2022, SL756-2022 y SL655-2022.

#### **4. Excepciones formuladas por pasiva**

Las anteriores argumentaciones, sirven para despachar de manera desfavorable las excepciones de mérito formuladas por pasiva. 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, deviene inoperante ese medio exceptivo, por su nexo de causalidad con el derecho pensional (SL2611-2020, SL2953-2021, SL4025-2021 y SL5680-2021).

#### **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 primera instancia a cargo de PORVENIR S.A. y en favor de la demandante.

No hay lugar a imponer costas de segunda instancia a la demandante dada la prosperidad de la alzada.

### **III. 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: REVOCAR** la sentencia proferida en audiencia concentrada del 5 de octubre de 2022, emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, frente a la señora ESNEDA GARCIA CUETOCUE, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** la ineficacia del traslado al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD – RAIS efectuada por la demandante ESNEDA GARCIA CUETOCUE a la AFP PORVENIR S.A., suscrita el 17 de febrero de 1998, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**TERCERO: CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES**, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los siguientes conceptos: **i)** cotizaciones; **ii)** rendimientos financieros; **iii)** frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C.; **iv)** bonos pensionales, si los hubiere; **v)** gastos de administración indexados, **vi)** sumas adicionales de la aseguradora, si se hubieren causado; y **vii)** los porcentajes correspondientes a las primas de seguros previsionales y el destinado a la garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo antes expuesto.

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.

**CUARTO: COLPENSIONES** deberá recibir de AFP PORVENIR S.A., los valores y/o conceptos ordenados en los numerales anteriores, producto de la ineficacia del traslado de régimen pensional, por lo antes expuesto.

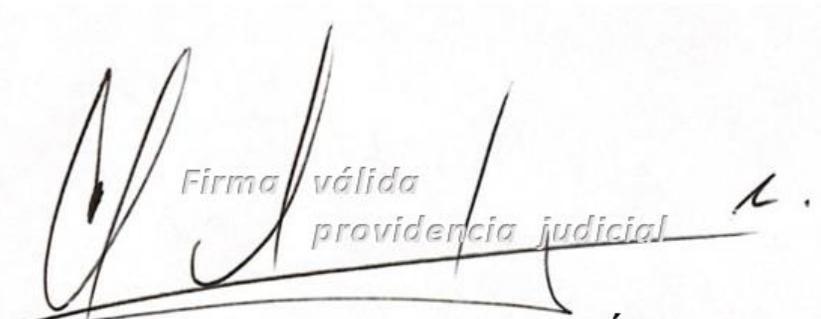
**QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de mérito propuestas por las demandadas.

**SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** de primera instancia a cargo de PORVENIR S.A. y en favor de la demandante. En auto aparte se fijarán las agencias en derecho.

**SÉPTIMO: SIN LUGAR A CONDENAR EN COSTAS** en segunda instancia de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**TERCERO: 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 ESNEDA GARCIA CUETOCUE, CONTRA PROVENIR Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2021-00223.**

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**