



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

Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada Ponente

Treinta y uno de enero (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	190013105001-2021-00308-01
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	MARIA YANETH NOGUERA
Demandadas:	▪ COLPENSIONES ▪ PORVENIR S.A.
Vinculada:	▪ PROTECCIÓN
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	05

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, pasa esta Sala de Decisión Laboral, a proferir sentencia escrita que resuelve el **recurso de apelación** formulado por el apoderado judicial de PORVENIR S.A. contra la sentencia de 30 de agosto de 2022, emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la demandante se declare la inexistencia y en subsidio la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media – RPM, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS. En consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de lo ahorrado, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales, y sumas adicionales de la aseguradora, junto con los rendimientos que se hubieran causado. Finalmente, el pago de costas y agencias en derecho (Págs. 1 a 15 – Archivo PDF: “003DEMANDA pagenumber”. Cdno 1ª instancia – Expediente digital).

Mediante auto que data del 16 de febrero de 2022¹, se ordenó la vinculación como demandada la AFP PROTECCIÓN S.A.

2. Contestaciones de la demanda.

Por intermedio de sus apoderados judiciales PROTECCIÓN S.A.², PORVENIR S.A.³ y COLPENSIONES⁴ dieron contestación a la demanda, oponiéndose a sus pretensiones. La Procuradora 12 Judicial I para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social⁵ emitió concepto preliminar dentro del presente asunto.

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.

La *A quo* dictó sentencia No. 60 el 30 de agosto de 2022. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a la AFP PROTECCIÓN S.A. efectuada el 1 de diciembre de 1995, así como el traslado horizontal dentro del RAIS efectuado a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. en el año 2002. En consecuencia, declaró que ésta nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPM. **Segundo**, condenó a la AFP PORVENIR S.A. como ultima AFP a la que se afilió la demandante, a trasladar a COLPENSIONES, las cotizaciones, bonos pensiones – si los hubiere y estuvieren bajo la administración de la AFP-, con los rendimientos que se hubieren causado, de igual manera, las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas adicionales de la aseguradora - únicamente si se hubieran causado-, gastos de administración, valores estos que deberán estar indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores y demás información relevante que los justifiquen, valores que deberán ser recibidos por Colpensiones. **Tercero**, ordenó a PORVENIR S.A. normalizar la afiliación de la demandante en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalle de los aportes de la demandante, junto con la historia laboral actualizada a COPENSIONES. **Cuarto**, condenó a la AFP PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES los valores cobrados por gastos de administración, comisiones, aportes correspondientes al porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales que a órdenes de la actora se

¹ Archivo PDF: "35Auto383vinculaLitisProtección" – Cdno. 1ª instancia – Expediente digital.

² Pág. 1 a 4 Archivo PDF: "038Contestsacion AFP Proteccion S.A" – Cdno. 1ª instancia – Expediente digital.

³ Archivo PDF: "043Contesdtacion Porvenir S.A." – Cdno. 1ª instancia – Expediente digital.

⁴ Archivo PDF: "069ContestacionDemandaColpensiones" ibidem.

⁵ Archivo PDF: "075ConceptoPreliminarProcuraduria" Ibidem.

hubieran generado durante el tiempo que estuvo afiliada; sumas debidamente indexadas que se asumirán con cargo a sus propios recursos. **Quinto**, ordenó COLPENSIONES, reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante al RPM y a recibir la devolución de los dineros ordenados en la providencia. **Sexto**, negó las excepciones de mérito propuestas por las demandadas y vinculada. **Séptimo**, condenó en costas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (...)

Para adoptar tal decisión, tras citar el marco normativo y jurisprudencial referente al traslado de régimen pensional, adujo que, ante la falta de información en el acto de vinculación de la accionante al RAIS, era dable declarar la ineficacia deprecada. Indicó que no se cumplió frente a la actora, con la carga probatoria de demostrar el deber de información que le permitiera a ésta tener los suficientes elementos de juicio claros para escoger el régimen pensional más favorable. Finalmente, adujo que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para ello.

4. Recurso de apelación.

4.1. Apelación PORVENIR S.A.

Argumentó que la promotora de la acción, es una persona capaz, sujeto de derechos y obligaciones. Que haciendo uso del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, manifestó de manera libre y voluntaria su selección de régimen pensional. Al suscribir el formulario de vinculación del fondo privado, se generó un contrato válido y por ende, obligaciones recíprocas para las partes. Para la fecha de afiliación de la actora, la información entregada, fue la necesaria y exigida por las normas vigentes para esa época. Dicha información fue entregada de manera verbal, sin que por ello pueda afirmarse que no fue completa, transparente y veraz.

Reprochó la condena por el traslado de los **gastos de administración** y prima de **seguros previsionales**.

Frente a la condena por el traslado de los gastos de administración, refiere que esta, desconoce que existen prestaciones que por su naturaleza no pueden retrotraerse, lo que constituye una excepción a los efectos de la ineficacia. Que lo mismo sucede con los contratos de tracto sucesivo, respecto de los cuales, la C.S.J. ha determinado que por la terminación judicial pierde el contrato su fuerza para lo futuro, empero queda en pie los efectos que hasta ese entonces se hayan surtido, por lo que no es dable devolver estos gastos de administración, siendo que los mismos fueron invertidos para garantizar una rentabilidad mínima en el

RAIS y no es factible retrotraer lo ejecutado por las partes. No se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras para la afiliada. Las cuotas de administración se deben conservar por esa AFP, más aún cuando PORVENIR S.A. hizo rentar el patrimonio de la afiliada. Ordenar el reintegro de los gastos de administración constituye un enriquecimiento sin causa para la actora, toda vez que recibiría unos recursos por la buena administración del fondo privado, sin reconocer o pagar ningún concepto por dicha gestión.

Expresó que del 3% del I.B.C. de los afiliados, se destina un rubro para pagar el seguro previsional en favor de la aseguradora, para que ésta a su vez, asuma el riesgo de los siniestros de invalidez o sobrevivencia, con una suma adicional. El artículo 108 de la Ley 100, comporta las reglas y condiciones bajo las cuales deben operar los seguros que se contratan con las aseguradoras. Que no es factible ordenar la devolución del seguro previsional, toda vez que éste fue girado en su momento a la aseguradora que actúa como un tercero de buena fe. En consecuencia, requirió se releve a dicha AFP de la devolución por tales conceptos.

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 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, se pronunció, así:

5.1.1. COLPENSIONES:

Ratificó su tesis sostenida desde la contestación de la demanda y recurso de apelación. Resalta que el fundamento de la sentencia de primera instancia es que la AFP no brindó la debida asesoría a la demandante, sin tener en cuenta que, para el momento del traslado del actor, no les era exigible a los fondos documentar las asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de afiliación. De ahí, que es necesario que el operador jurídico considere que lo acontecido en el sub examine no se debe a un incumplimiento por parte del fondo privado, sino a la ocurrencia de un cambio normativo. En consecuencia, señala que no es procedente la declaratoria de ineficacia de traslado efectuada por el actor, pues el no hace parte de la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002 para retornar al RPM en cualquier tiempo.

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

III. 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 la *A quo* al declarar la ineficacia del acto de traslado de la demandante del RPM 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 de traslado de régimen pensional. Correspondía al fondo privado, 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:

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:

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 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 ⁶ .

En todo caso, recalco 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.

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

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 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).

2.2. Caso en concreto.

Descendiendo al *sub lite* se desprende de la historia laboral de PORVENIR S.A.⁷, el formulario de traslado de régimen pensional a PROTECCIÓN S.A.⁸, formulario de traslado de régimen pensional a HORIZONTE Pensiones Cesantías S.A hoy PROTECCIÓN S.A.⁹, certificado de afiliación a PORVENIR S.A.¹⁰, bono pensional¹¹. Certificado de historial del vinculaciones de ASOFONDOS¹² que la demandante ha estado vinculada al Sistema Pensional, así:

⁷ Archivo PDF: “046HL Consolidado RAIS CC 25453344” – Ibídem.

⁸ Pág. 3 – Archivo PDF: “038Contestsacion AFP Proteccion S.A” – Ibídem.

⁹ Archivo PDF: “011solicitud de vinculación o traslado_pagenumbr” – Ibídem.

¹⁰ Archivo PDF: “040Certificaco afiliacion CC 25453344” – Cdno 1ª instancia – Expediente digital.

¹¹ Archivo PDF: “039Bono CC 25453344” – Ibídem.

¹² Archivo PDF: “050Vinculacion SIAFP CC 25453344” – Ibídem.

i) En el Régimen de Prima Media, a través de CAJANAL.

ii) El 19 de octubre de 1995, suscribió el traslado al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A. efectivo a partir del 01 de noviembre de 1995.

iii) El 3 de octubre de 2002, suscribió el traslado dentro del RAIS a HORIZONTE Pensiones Cesantías S.A, con efectividad a partir del 1 de diciembre de 2002, y finalmente, el 1º de enero de 2014 operó la cesión por fusión de HORIZONTE con PORVENIR S.A. a esta última administradora, la actora continuó cotizando.

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 CAJANAL. Ante una situación similar, la Sala de Casación Laboral¹³ 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 la AFP, 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, 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

¹³ Sala de Descongestión No. 4. M.P. Omar De Jesús Restrepo Ochoa.

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'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 03 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 válido¹⁴.

Nótese, además, que no se observa en el plenario que la actora 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.

Asimismo, el argumento que la accionante se mantuvo por varios años en el RAIS, no puede revalidar las deficiencias del traslado de régimen que le son atribuibles al fondo privado (SL2953-2021). En consecuencia, la determinación de la *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

14 "...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".

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 promotora de la acción de conformidad con las normas vigentes para la data del traslado, deviene reiterar 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*.

Por otro lado, en sentencias SL2877-2020 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667; SL1942-2021 del 12 de mayo de 2021, radicación No. 85772 y SL3199 del 14 de julio de 2021, radicación No. 84288, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recalcó que la actuación viciada de traslado del RPM con prestación definida al RAIS, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen: “*...ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, **no implica la ratificación** de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales*”.

Se advierte, además, 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 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 actora conservará todos los beneficios del RPM. Por tanto, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, no obstante, y teniendo en cuenta que el A quo declaró la ineficacia del traslado que a partir del 1 de diciembre de

1995, se atribuye al demandante al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A, y la posterior a HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A en diciembre de 2002, habrá de modificarse el numeral Primero de la parte resolutive para en su lugar declarar la ineficacia del traslado a partir del 19 de octubre de 1995, fecha en la que la demandante suscribió la solicitud de vinculación al RAIS por intermedio de PROTECCION S.A y de los traslados que dentro del RAIS haya realizado la actora.

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. PROTECCIÓN S.A. retornará al RPM el porcentaje por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a esa administradora.

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 la 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.

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). 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).

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 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, valor que contrario a lo ordenado por la A quo, deberá devolver sin indexación, por lo cual se modificará el fallo de primer grado frente a esta especial circunstancia.

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. En consecuencia, se adicionará el fallo de primer grado en aplicación del art. 69 del C.P.T. y de la S.S.

La orden impartida por la *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.

3.2 Por último, deviene acompañada a derecho la decisión de la *A quo*, al ordenar a **PROTECCIÓN S.A.**, AFP en la que estuvo previamente afiliado la actora, a devolver a COLPENSIONES el porcentaje cobrado por gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliado a esa administradora. La mentada orden se acompasa a las emitidas en sede de instancia por la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. en providencia SL5680-2021 del 1° de diciembre de 2021, radicación No. 84072, SL4608-2021 del 06 de octubre de 2021, radicación No. 88667, entre otras

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 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 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 de su recurso de apelación.

No hay lugar a imponer costas a COLPENSIONES en el grado jurisdiccional de consulta.

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: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la parte resolutive de la sentencia proferida el 30 de agosto de 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, objeto de apelación y consulta, en el sentido de precisar que la **INEFICACIA** opera respecto del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, efectuado por el demandante el **19 de octubre de 1995**, a través de la **AFP PROTECCIÓN S.A.** Dicha ineficacia comporta los posteriores traslados de administradora dentro del RAIS, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida el 30 de agosto de 2022, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, en el sentido de precisar que las sumas adicionales de la aseguradora proceden, pero sin su indexación. Dejándose incólume los demás apartes del numeral referido.

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

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 MARIA YANETH NOGUERA, CONTRA PORVENIR, PROTECCIÓN SA Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2021-00308.

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.



LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL